المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن

تأليف

الدكتور سيد أمين

أستاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم

دكتوراه في الشريعة المقارنة من كلية الحقوق جامعة القاهرة

دبلوم (ماجستير) في الشريعة من كلية الحقوق جامعة القاهرة

ماجستير في القانون من قسم القانون بمعهد الدراسات العربية العالية

المسئولية التقصيرية عن فعل الغير

في

الفقه الإسلامي المقارن

تأليف

الدكتور سيد أمين

استاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم

• دكتوراه في فقه الشريعة المقارن من كلية الحقوق جامعة القاهره
• دبلوم «ماجستير» في الشريعة من كلية الحقوق جامعة القاهره
• ماجستير في القانون من قسم القانون بمعهد الدراسات العربية العالية

الاهــــداء

إلى رجال الفكر ، الذين أضنام السهر ، وأعيام الجهد ، وأرهقهم التعب ، بحثا عن آفاق المعرفة ، وأنوار الحقيقة ...

وإلى العلماء الذين يمجدون من سبقهم ، ويحبون من لحق بهم ، ويخدمون أمتنا المسلمة الخالدة بصدق وصبر وإخلاص...

إلى أولئك ... وإلى هؤلاء ... وإلى من يحبونهم ويحبون من يقتفى أثرهم ، ويهتدى بهديهم ...

أهدى هذا الكتاب ؟

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

« كل نفس بما كسبت رهينة »

(قرآن كريم)

« لا ضرر ولا ضرار »

(حديث شريف)

« الضرر يزال »

(قاعدة فقهية)

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الرسالة

الحمد لله مذلل الصعاب ، والصلاة والسلام على نبينا الهادى إلى سبيل الرشاد .

وبعد فإن الشرائع من قديم الزمان حين تضع الأحكام والقوانين والنظم تراعى مظاهر الحياة الاجتماعية للناس ، لهذا نجدها تتأثر بالمجتمع وتؤثر فيه، وفاقاً للناموس العام للحياة الاجتماعية التى تتقلب وتتغير ، بتغير الزمان وتقلب الظروف والأحوال .

وإن هذا التغير — فى الغالب — تتعرض له، أو بعبارة أوضح ، تتأثر به بعض الأحكام الشرعية التى تكون أكثر تعلقاً بحياة المجتمع دون غيرها ، وذلك لأنها أكثر حساسية بالمظاهر الاجتماعية المتقلبة ، ومن هذه الأحكام بلا ريب أحكام المسئولية التقصيرية لاتصالها بتصرفات الناس بعضهم مع بعض، ولاتصالها بالأضرار التى تحدث من وقت لآخر ممن هم تحت رقابتهم أو من ممتلكاتهم أو من آلاتهم الصناعية الحديثة التى ساعدت فى تغيير المظهر العام للحياة الاجتماعية ، فلا عجب إذن أن تكون أحكام المسئولية التقصيرية مرآة صادقة للمجتمع الذى تحكمه وصورة مصغرة للظروف والأحوال التى شرعت لأجلها .

ولهذا فاننى سوف ألاحظ فى دراستى الأحكام التى وضعت للمجتمع فى الماضى ، والأحكام التى يحتاج إليها مجتمع اليوم ، وسأحاول إعطاء القارىء — ما أمكن — صورة صادقة عن المدى الذى وصلت إليه أحكام المسئولية التقصيرية فى الفقه الإسلامى ، كما سأحاول ربط تلك الأحكام

بزمانها ومكانها مع حسبان للمسافات الشاسعة التى تفرقها من عالم اليوم والقرون الطويلة التى تباعدها من تشريعات البلاد العربية فى عصرنا الحاضر .

هذا ، وإذا رجعنا إلى الماضى أى إلى العصر الذى كان يعيش فيه فقهاء الإسلام الأوائل من المجتهدين ، وجدنا أن الظروف الاجتماعية والأحوال المدنية التى كانوا يعيشون فيها ليست كالتى نعيش فيها اليوم ووجدنا المسائل الفرضية التى كانوا يتصورون قضاياها والحوادث المختلفة التى كانوا يتخيلون وقائعها تحمل طابع الكثير من ظروف مجتمعنا هذا ، ووجدنا لونها يختلف عن لون الحوادث فى حياتنا المعاصرة ، ولهذا لم يكن غريباً أن تتغير بعض الأحكام الفرعية لاختلاف الزمان والمكان بيننا وبينهم ، وما ذلك الاختلاف إلا لأن قانون الحياة جرى على أن حياة المستقبل دائماً متجددة وبالتالى فإن حياة المستقبل سوف لا تكون كحياتنا اليوم .

أهمية المسئولية التقصيرية بوجه عام :

فى تقديرى أن تحديدنا لفهم المسئولية بوجه عام مهم لاسيما وهى الممر الطبيعى الذى يمكن أن تعبر منه المذاهب الفقهية الإسلامية والتشريعات الوضعية إلى وضع قانون مرتب متطور للمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، فالمسئولية بوجه عام هى : ـ (وضع قانون يحمل الفرد المدين بالتزام أو جزاء معين أو بتعويض نتيجة فعله الضار أو تصرفه الذى رتب عليه التشريع آثاراً خاصة) .

والمسئولية المدنية بوجه خاص وإن كانت نوعاً من الالتزام بتعويض خاص نتيجة فعل أو تصرف خاص مباشر أو غير مباشر إلا أنها مسألة تشريعية ينظمها الفقه والقانون ، ويضع لها شروطاً معينة ويحدد لها أحكاماً وحالات خاصة إلا أن هذه الشروط وتلك الحالات ما هى إلا ثمرة الأساس الدينى والفقهى والاجتماعى الذى تقوم عليه المسئولية

المدنية وهذا الأساس يتصل اتصالا وثيقاً بمشكلة الإرادة الفردية وحريتها أو عدم حريتها فى التصرف، الأمر الذى اختلف فيه العلماء من قديم الزمان من حيث مبدأ وجودها ، ومن حيث مدى خضوعها للظروف الخاصة وظروف المجتمع العامة ، ومن حيث سيطرة الحياة الاجتماعية عليها ، تلك السيطرة التى يمكننا أن نعتبرها سيطرة ضعيفة فى أغلب الأحايين كاملة فى بعض الأحايين ، حتى أنها قد تصل إلى درجة لا تترك للفرد مجالا للحرية أو لاختيار .

هذا ، ومشكلة الإرادة الفردية ، من حيث إدراك وقصد صاحبها لما يفعل وعدم إدراكه ، ومن حيث تعدى صاحبها أو عدم تعديه ، ومن حيث حرية تصرفه وعدم حريته ، هى فى الواقع جانب من جوانب المشكلة الكبرى التى تحاول أن تعالجها جميع المذاهب المعاصرة وحاولت قبلها دون شك الأديان السابقة والفلسفات الغابرة .

وهى بلا شك لاتزال مشكلة الفرد فى علاقته بالمجتمع ، وفى علاقته بغيره من مخلوقات هذا الكون الكبير .

وهى أيضاً مشكلة الدولة « باعتبارها ممثلة المجتمع » فى علاقتها بالإنسان وفى مدى السيطرة التى يمكنها أن تملكها على الأفراد ، وفى مدى الإجراءات التى يمكنها أن تفرضها لحماية مصالحهم أفراداً، وفى دفع الخطر عنهم أفراداً وجماعات .

ومن هنا ، كانت فى نظرى أهمية دراسة المسئولية بوجه عام والمسئولية المدنية بوجه خاص .

ولهذه الأهمية كان من الضرورى العمل على تطوير الآراء والأفكار الخاصة بها حتى تصير أحكامها الفرعية فى مجموعها الكلى مرآة صادقة تعكس الصور الصحيحة لتطور أو تخلف المذاهب الاجتماعية والفلسفية فى مجتمعاتنا المعاصرة ، وحتى يمكن للشعوب العربية أن تتعاون على ايجاد

مجتمعات تسودها العدالة الاجتماعية ، العدالة الاجتماعية [1] التى تشيع الأمن والطمأنينة وتبعث القوة والروح فى الجماعات وفى الأفراد .

خطة البحث :

المسئولية التقصيرية عن فعل الغير تشتمل على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الإنسان (الخاضعون للرقابة ، والتابعون) .

النوع الثانى : الحيوان (الأليف وغير الأليف) .

النوع الثالث : الجماد (المبانى ، والآلات أو الأشياء) .

هذا ، وبحثنا فى موضوع المسئولية التقصيرية سيكون بعون الله مقارنا من نواح ثلاث :

الناحية الأولى : دراسة الموضوع فى بعض التشريعات الوضعية (وأهمها تشريعات البلاد العربية) واستخلاص المناسب من أحكامها للموازنة .

الناحية الثانية : دراسة الموضوع فى أهم المذاهب الإسلامية على ضوء التنظيم والتبويب لقانون المسئولية التقصيرية الحديث واستخلاص الاحكام الصالحة للمقارنة .

الناحية الثالثة : مقارنة أحكام تلك التشريعات المعاصرة مجتمعة

---

(١) يراجع كتاب تنظيم الاسلام للمجتمع لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة صـ٣١ ويراجع كتاب الدكتور توفيق الشاوى : المسئولية الجنائية فى التشريعات المصرية الصفحات الأولى .

ويراجع كتاب الدكتور سليمان مرقص المسئولية المدنية جـ ١ الصفحات الأولى .

ومتفرقة بالفقه الإسلامي لمعرفة مدى الاختلاف من هذه الناحية ، بالقياس إلى حاجة بلادنا العربية في الوقت الحاضر .

ولمعرفة تلك النواحي ولإبراز المقارنة سنقسم بحثنا إلى باب تمهيدى : في نظرية الإلتزام ومركز المسئوليه التقصيريه منها ثم تطور المسئولية التقصيريه التاريخي ، وأربعه أبواب هي : ـ

الباب الأول : في الضمان وشروطه وأحكامه في فقه الشريعه والقانون

الباب الثاني : في مسئولية الإنسان عن فعل غيره[1] الإنسان في فقه الشريعه والقانون .

الباب الثالث : في المسئولية عن فعل الحيوان في فقه الشريعه والقانون

الباب الرابع : في المسئولية عن فعل الجماد في فقه الشريعه والقانون .

ثم نختم تلك الأبواب بخاتمة نتتبع فيها مراحل تطور المسئولية عن فعل الغير في بعض قوانين البلاد العربية ، ونأتي بعد ذلك بالمواد (الخاصه بالموضوع) التي نقترحها .

هذا ، ويسرني إذ أقدم هذا البحث المتواضع أن أبين للقارىء الكريم أنني انتهجت فيه طريقة المقارنة لا لغرض المقارنة وإنما لغرض آخر هو توضيح الفكرة الفقهية وتحديد الآراء المختلفة ، ولذا تجدني تخففت من بعض الشروط اللازم توافرها للمقارنة ، وتعمدت أن أقتصر في بحثي بالنسبة للفكرة في الموضوع على النصوص الفقهية ، كما اهتممت أن تكون

---

(١) تنبيه : ان استعمالنا لعبارة (عن فعل الغير) يدخل في معنى لفظ الغير منها ـ الانسان والحيوان والجمادات المختلفة التي لاتسأل عن الاضرار التي تقع منها على الغير ويكون تعويض ضررها على الغير أي على كل شخص تمكن مطالبته « شخصيا أو في ماله » بالتعويض لجبر الضرر الذى يلحق بالغير سواء وقع الضرر مباشرة أو تسببا .

مراجعى هى الكتب الفقهية المعروفة فى المذاهب الإسلامية المشهوره ، كما تجدنى لاحظت الأحكام الفرعية الموضوعة لمجتمع الماضى وحاولت ربطها بمجتمع اليوم مع حساب للقرون الطويلة التى تفرق وتباعد بينهما

وإلى هنا يجب أن أسارع فأعترف بأن هذا البحث ما هو إلا محاولة للتأليف بين النصوص الفقهية لتكوين أحكام عملية (فى خاتمة المطاف) مقترحة تعتمد على أقرب المذاهب الإسلامية لروح العصر من غير استهواء أو أسلوب حكيم ، أو دقة فى التقنين، وإنما اقتصرت فيها على ما تظهر لى وجهته من الأحكام مع الأعتناء ببيان ملاحظاتى وابداء رأى عند الحاجة .

وقبل أن أختتم افتتاحيتى هذه يجب أن أعترف أيضاً بأن موضوع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى الذى لم يأخذ حظه من الدرس والبحث الكافى ، قد سبقنى إليه أساتذة فضلاء كانت كتبهم لرسالتى هذه ضوء الطريق .

ولا يفوتنى أن أخص بالشكر الوفير أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى وأستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة حفظهما الله لعنايتهما بمراجعة الرسالة ولتوجيهاتهما القيمة التى كان لها أفضل الأثر وكبير النفع، كما لا أنسى لأستاذنا الكبير الشيخ محمد أبو زهرة ما حييت نصحه العلمى الخالص وكذلك أستاذنا الشيخ محمد سلام مدكور الذى كان لاهتمامه بى أطيب الأثر فى نفسى ، فلهم ولمن أسهم بالمعاونه وأخص بالذكر الأستاذ كامل السيد شاهين ، وللأستاذ الشيخ محمد المبارك عبد الله شكرى وتقديرى .

الباب التمهيدى

نظرية الالتزام ومركز المسئولية التقصيرية منها

تمهيد :

ان الفقه فى الشريعة الإسلامية يبحث فى الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، سواء منها مايتعلق بأمور الآخرة كالعبادات ، ومايتعلق بأمور الدنيا كالعقوبات والمناكحات والمعاملات وبعض الفقهاء يسمى ما يتعلق بأمور الدنيا بالمعاملات ، وتبحث المعاملات عندهم فى المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات [1] .

أما القانون المدنى فانه يبحث فى القوانين التى تنظم علاقات الأفراد بعضها مع بعض ، سواء منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية التى تنظم علاقة الفرد بأسرته وقواعد المعاملات التى تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .

والذى يظهر لنا من تقسيم الفقه فى الشريعة الإسلامية أن المناكحات [2] (وهى تبحث فى الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما كالنسب والنفقة والحضانة والولاية والإرث) ، والمعاملات [3] (وموضوعها البحث فى الأموال وما يتعلق بها من حقوق وعقود كأحكام البيوع والإجارة والهبة والإعارة والكفالة) هما اللذان يسميهما علماء القانون الوضعى بالقانون المدنى إلا أن المجموعة المدنية فى أغلب البلاد العربية قد سكتت

---

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار ج ١ ص ٨١ .

(٢) يراجع كتاب الاحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة .

(٣) يراجع كتاب أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام .

ويراجع أيضا كتاب أستاذنا الشيخ على الخفيف فى المعاملات فيما يتعلق بهذا الموضوع .

عن تنظيم الأحوال الشخصية وتركتها خاضعة لأحكام التشريع الإسلامى والشرائع الدينية الأخرى ولهذا نجد الأحكام الخاصة بها تختلف باختلاف الأديان والمذاهب فى البلاد العربية [١] .

هذا والمجموعة المدنية اهتمت بالمعاملات التى تنظم علاقة الأفراد بعضهم مع بعض من حيث المال وعرّف رجال القانون المدنى المال بأنه الحق الذى يمكن تقويمه بالنقود وقسموه إلى حق شخصى وحق عينى [٢] وحق معنوى [٣] ، والحق عندهم هو عبارة عن مصلحة ذات قيمة مالية يقرها الشرع .

فالحق الشخصى هو عبارة عن رابطة بين شخصين : دائن ومدين يخول

---

(١) وردت فى مصر أحكام قانونية خاصة بالأسرة مثل المواد (٢٩–٣٢ مدنى) الخاصة ببدء الشخصية وانتهائها والمواد (٣٤ – ٣٩ مدنى) الخاصة بالقرابة والمواد (٤٤–٤٨) الخاصة بالاحكام الأساسية فى الأهلية – وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الذى يخضع لأحكامه جميع المصريين، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ المعدل بقوانين لاحقة صدرت فى سنة ١٩٥٤ والغت نظام الوقف على غير الخيرات وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال (ألغى هذا المرسوم بقانون الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية) وكذلك المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير سلب الولاية على النفس .

(٢) يراجع الوسيط ج ١ ص ١٠٣ جاء فيه :

«الحق العينى هو عبارة عن سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين مثل حق الملكية وحق الانتفاع والارتفاق ... » .

(٣) يراجع مصادر الالتزام للاستاذ الدكتور الصدر طبعة ١٩٦٠ جاء فيه « والحق المعنوى هو سلطة الشخص على شىء غير مادى هو ثمرة فكره أو خياله أو نشاطه كحق المؤلف فى مؤلفاته العلمية ، وحق الفنان فى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية ... » .

القانون للدائن مطالبة المدين باعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل كحق مشترى العقار قبل البائع الذى يلتزم بنقل الملكية وحق المستأجر قبل المؤجر الذى يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة ،وحق شخصى قبل آخر يلتزم بعدم البناء فى مساحة معينة ، ويقال لهذا الحق الالتزام ،وهو الذى تهمنا دراسته ،ويقال فى تعليل استعمال كلمة « التزام» و«عبارة حق شخصى » ،أن رابطة الالتزام ،أو رابطة الدائنية التى تقوم بين الدائن والمدين ، إذا نظرنا إليها من جهة الدائن كانت حقا وإذا نظرنا إليها من جهة المدين كانت التزاما .

ولفظ الالتزام شاع استعماله أكثر من الحق الشخصى حتى أن المشرع يستعمل غالبا فى نصوصه مادة الالتزام دون تعبير الحق الشخصى .

أما رجال الفقه الإسلامى فقد عرف الشافعية منهم المال بأنه الشيء الذى له قيمة يباع بها ويلزم متلفه [١] .

وعرفه الحنفية بأنه الشيء الذى يمكن صيانته ، [٢] وادخاره لوقت الحاجة ، واستنتج الأحناف من هذا التعريف أن المنافع كحق السكنى والاستغلال لا تعد أموالا ،لأنها غير قابلة للإدخار لأنها أعراض لا تبقى وقتين ، إلا أنهم استثنوا من هذا الاستنتاج المنفعة فى عقد الإجارة استحسانا وخالفوا بذلك القياس عندهم للضرورة والحاجة .وأما الشافعية

---

(١) يراجع كتاب الاشباه والنظائر ص ١٩٧ للسيوطى الشافعى ويراجع المدخل للفقه الاسلامى للاستاذ مدكور ص ٤٦٩

(٢) يراجع المبسوط ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها .

جاء فيه : أن صفة المالية للشىء انما تثبت بالتمول ، والتمول صيانة الشىء وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لاتبقى وقتين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول .

والحنابلة ومن وافقهما فإن المنفعة عندهم مال متقوم يضمن بالاتلاف كالعين، والحق مع الشافعية لأنهم أقرب إلى مايوافق حاجات الناس فى حياتهم الاجتماعية والاقتصادية، ولأن المنافع عنصر أساسى فى تكوين قيمة الأشياء بين الناس [١] .

هذا، والمنافع [٢] أموال أيضاً عند الرومان وفى القوانين المعاصرة .

وقد وضع الفقهاء فى الشريعة للمال شروطا أربعة هى :

١ — أن يكون شيئا يميل طبع الإنسان إليه أى ذا قيمة فتخرج الجيفة ونحوها بهذا الشرط .

٢ — أن يكون قابلا للإدخار إلى وقت الحاجة وبهذا الشرط يخرج الأحناف المنافع لعدم قابليتها للادخار .

٣ — أن يباح الانتفاع به وبهذا الشرط تخرج الخمر والخنزير لحرمتهما على المسلمين .

---

(١) يراجع كتاب قواعد الاحكام للعزبن عبد السلام ج ١ ص ١٧٢. جاء فيه : فى معنى أن المنافع تكون القيمة المالية وأنها هى « .. الغرض الاظهر من جميع الاموال » .

(٢) والاعيان المتقومة تعتبر أموالا عندفقهاء المسلمين ماعدا الخمر والخنزير فأنهما ليسا مالا عند أبى حنيفة ومالك بالنسبة للمسلمين ويعتبران مالا فى حق غير المسلمين كأهل الذمة . خلافا للشافعى وابن حنبل وأبى ثور وأتباع المذهب الظاهرى ، فانهما لا يعتبران مالا متقوما لا بالنسبة الى المسلمين ولا بالنسبة الى غيرهم .

٤ — أن يكون محرزا [1] فيخرج السمك فى البحر والطير فى الهواء لأنه غير محرز .

هذا ويقسم فقهاء الشريعة الأموال قسمين :

١ — منقولات وهى : ما يمكن نقله من محل إلى آخر كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات . . . إلخ .

٢ — غير منقولات وهى مالا يمكن نقله من محل إلى آخر كالعقارات فحق الملك فيها يسمى عند رجال القانون حق عينى لعلاقته بعين العقار ، وإن كان المنقول قد يرد عليه الحق العينى .

والقسم الأول هو الذى يتكون منه الحق الشخصى أو الالتزام على حد تعبير رجال القانون وذلك للروابط الشخصية بين الدائن والمدين .

* * *

(١) يراجع المبسوط ج ١١ ص ١٠٢ فما بعدها .
والمحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٢٦٦ .
وشرح الخرشى ج ٤ ص ٣٥١ .
والمغنى ج ٥ ص ٤٤٢ .
ومجلة الأحكام العدلية مادة ١٢٦ و ١٢٧ .

الفصـــل الأول

نظرية الالتزام :

المبحث الأول — تعريف الالتزام فى الشريعة

استعمل فقهاء الشريعـــة الإسلامية لفظ الالتزام [1] مرادفاً

---

(١) ما جاء فى بعض كتب الفقهاء خاصا باستعمال لفظ التزام :

أ — استعمل العزبن عبد السلام المالكى لفظ الالتزام فقال فى كتابه قواعد الأحكام جـ ٢ ص ٧٨ طبعة ١٩٣٤ فى تقسيم الحقوق أن العوضين فى البيع ان كانا دينا .

« فهو مقابلة دين بالتزام دين ... وان كان المبيع عينا والثمن دينا ، كان التزام الدين فى مقابل نقل ملك العين » .

ب — وجاء فى المبسوط للسرخسى من الأحناف جـ ٢٧ ص ١١ طبعة ٩٣٤م :

« العبد بالتزام ضمان المال كالحر ... وفى التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه » .

ولا يخفى ما فى هذه العبارة من الالتزام بالضمان بحكم الشارع .

وجاء فى جـ ٢٤ ص ١٦٩ منه :

« فأما الزيادة على ذلك (ويعنى على مهر المثل للمريض المدين) فالتزام بالتسمية فلا تثبت هذه الزيادة » .

جـ — وجاء فى كتاب المغنى لابن قدامة جـ٥ ص ٧٠ طبعة ١٩٤٦ ، فى تعريف الضمان ما نصه :

«الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، فثبت فى ذمتهما جميعاً » .

ويقول المغنى فى صدد ضمان الاعيان أيضا جـ ٥ ص ٧٥ « الضمان =

لعبارة الحق الشخصي عند رجال القانون الوضعي كما استعملوا ألفاظاً أخرى كالضمان والتغريم والموجب(١) والدين وغيرها .

هذا، ولقد استعمل بعضهم كلمة الموجب بدلا من الالتزام ولعله عربها من كلمة obligation في اللغة الانجليزية ، ومعناها الحق الشخصي الذى يربط بين شخصين فأكثر برباط قانوني على وجه الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

وقديماً استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الموجب بالكسر والفتح بمعنى من يوجب العقد أخذا من الايجاب وهو الكلام الصادر من أول المتعاقدين. وكذلك استعملوه بمعنى ما يوجب التضمين. ولهذا فان استعمال الدكتور صبحي المحمصاني للفظ بمعنى الالتزام يجعل للفظ أكثر من معنى

= في الحقيقة انما هو ضمان أستنفاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة البيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالبيع عيب أو خرج مستحقا » .

د ـ وجاء في كتاب التحرير المختار جـ٢ ص١٧٣ طبعة ١٣٢٣ هـ ماقاله الرافعي الشافعي في الكفالة والحوالة :

« ان الكفالة والحوالة من الالتزامات التي لا يحلف بها » :

١ ـ يراجع المبسوط جـ١١ ص٥٧ . والمصباح مادة « وجب » ورد المحتار جـ ٤ ص ٥٠٧

ويراجع كتاب الموافقات جـ ١ ص ١٥٦ ـ ١٥٧ .

وخلاصة ما فيه أن علماء الأصول قسموا الواجبات والحقوق الى محدودة وغير محدودة فالواجبات والحقوق غير المحدودة هي ما كانت غير مترتبة في ذمة الانسان ، مثاله «الصدقات المطلقة وسد الخلاف ودفع الحاجات واغاثة الملهوفين وانقاذ الغرقى .. الخ» أما الواجبات والحقوق المحدودة فهي مالزمت ذمة المكلف وهي على ضربين، أولهما ما كان من حقوق الله كالصلاة والصيام والحج ، والثاني ما كان دينا على امرىء نحو امرىء آخر حتى يخرج عنه =

اصطلاحى ، الأمر الذى يضعف قوته فى التعبير عن المعنى المراد له .

وعرف الفقهاء المحدثون الالتزام بأنه يطلق بطريق الاشتراك على أحد معنيين معنى خاص ومعنى عام فتعريفه بالمعنى الخاص هو « إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً ولا يتم إلا بالحيازة وتبطله الموانع قبل الحيازة » والالتزام على هذا التعريف عام فى جميع التبرعات على مذهب مالك .

وتعريفه بالمعنى العام « إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وارادته من تلقاء نفسه ، وإما بالزام الشرع إياه فيلتزم به ، امتثالا وطاعة لأمر الشارع والالتزام على هذا التعريف يترجمه الحنفية [1] وهذا التعريف يتفق تمام الاتفاق مع التعريف الذى سيأتينا فى القانون .

وهنالك تعريف آخر للالتزام وهو « كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحة غيره » [2] .

تعريف الالتزام فى القانون :

يعرّف فريق من القانونيين الالتزام بأنه :

« رابطة قانونية محلها عمل أو امتناع عن عمل ذى قيمة مالية أو أدبية

= كأثمان المشتريات وقيمة المتلفات وما أشبه ذلك » وهذا الضرب الثانى من الحقوق يقابل الحق الشخصى أو الالتزام عند القانونيين .

والمدخل الى نظرية الالتزام للزرقاء ص ٩١ .

(١) مذكرة فى بيان الالتزامات فى الشرع الاسلامى لأحمد ابراهيم ص ٢١

(٢) يراجع المدخل الى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الاسلامى للزرقاء ص ٩١ طبعة دمشق سنة ١٩٥٨ .

بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجوداً أو سيوجد[١]، ومثله تعريف الالتزام بأنه :

« رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل[٢] » .

ويعرفه فريق آخر بأنه :

« حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى ، أو بالقيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل [٣] » .

ومثله تعريف الالتزام بأنه :

« حالة قانونية يوجد فيها شخص معين ، وتوجب عليه أن ينقل حقاً عينياً . أو أن يقوم بعمل ، أو أن يمتنع عن عمل [٤] » .

هذا والالتزام [٥] له مظهران هما :

---

(١) نظرية الالتزام للدكتور حشمت أبو ستيت ص ٢٢ ومثله عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٣٨ .

(٢) مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ١٨ ومثله جمهور الفقهاء الفرنسيين .

(٣) الوسيط ج ١ ص ١١٤ للدكتور السنهورى .

(٤) أصول الالتزام ص ١٩ للدكتور سليمان مرقس .

(٥) الذى يظهر لنا أن استعمال التزام أفضل من استعمال كلمة التعهد التى جاءت فى القانون الأهلى المصرى القديم فى المادة ٩٠ وقد استعملتها مجلة الأحكام العدلية بمعنى التعهد عند تعريف العقد فقال فى المادة ٩٠ «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا الخ » والالتزام وان كان فى الشريعة فيه معنى التعاقد والالتزام بالارادة المنفردة اختياراً الا أنه ليس هنا لك ما يمنع لغة أو اصطلاحا أن يدل لفظ الالتزام على باقى أنواع الحقوق الشخصية المختلفة =

(١) مظهر شخصى باعتبار أن الالتزام رابطة بين طرفين هما الدائن والمدين أو الضامن والمضمون له ، وإلى هذا المظهر ذهبت الشريعة الرومانية التى كانت صاحبة أصل نظرية الالتزام . وأيضاً ذهبت إليه القوانين المشتقة منها وأصحاب التعاريف للالتزام بأنه رابطة قانونية لأن الرابطة لا تقوم إلا بين شخصين .

(٢) ومظهر مادى باعتبار شغل الالتزام للذمة بعمل إيجابى أو سلبى. وذهب إلى هذا المظهر القانون الألمانى ، وان هـذا المظهر يغلب فى الشريعة الاسلامية لأن نزعتها مادية بوجه عام وذهب إليه الذين عرفوا الالتزام بأنه حالةقانونية .

هذا ، والذى يلاحظ على تعريف الالتزام فى الفقه الاسلامى :

١ — ان لفظة التزام تصلح للتعريفين العام والخاص المتقدمى الذكر

٢ — وتعريف الالتزام بالمعنى الخاص المعروف عند المالكية الذى ذكره الحطاب فى كتابه المسمى بالالتزامات هو تعريف بعيد عن معنى الالتزام عند القانونيين .

٣ — والتعريف بالمعنى العام المذكور سابقاً لا يحوى شرطاً لعدم جواز العدول ولا اشتراطا للمالية فى الملتزم بالإضافة إلى ما فيه من تطويل لا داعى له .

= التى تثبت فى ذمة امرىء نحو امرىء آخر » .

جاء فى المصباح المنير ص ٨٥١ فى لزم : «لزم الشىء يلزم لزوما ثبت ودام ويتعدى بالهمزة فيقـال : الزمته أى أثبته وأدمته ، ولزمه المـال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية والزمته المال والعمل وغيره فالتزمه، ولازمت الغـريم ملازمـة والزمته أيضـا تعـلقت به ولزمت به كذلك والتزمته اعتنقته فهو ملتزم » .

٤ — اما التعريف الشرعى الثانى للالتزام فانه يلتزم اشتراط وجود الدائن وقت نشأة الالتزام ومن الممكن الاستغناء فيه عن عبارة « لمصلحة غيره » . وفيما عدا ذلك هو تعريف دقيق .

ويلاحظ على تعريف الالتزام فى القانون الوضعى :

١ — أن التعاريف السابقة تكاد تكون نسخة واحدة متكررة مع اختلافات بسيطة فى التقديم والتأخير وتطويل سببه التفصيل الزائد ومن الممكن اختصاره بالاستغناء عن عبارة « أن ينقل حقاً عينياً » لأن ذلك داخل فى القيام بعمل والاستغناء عن عبارة « ذا قيمة مالية أو أدبية » لأنه وصف للعمل ولا داعى له وفيما عدا ذلك فإن التعريف القانونى للالتزام دقيق وواضح .

٢ — وهى جميعاً تلتقى فى معنى واحد للالتزام وإن كانت تختلف باختلاف النزعة الشخصية والمادية ودقة التعبير عن المراد .

ومن الممكن أن يعرف الالتزام فى الشريعة بأنه :

« تكليف شرعى بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه »

وأساس هذا التعريف العقيدة الدينية التى تبرر الالتزام وتهدف إلى إقامة مجتمع نظيف فاضل يراعى ضرورات الحياة الاجتماعية ويشرع لنا أحكاماً يوجب علينا احترامها بكل إرادتنا والوفاء بتنفيذها وحمايتها بإخلاص وصدق .

أهمية نظرية الالتزام[١] :

إن نظرية الالتزام مهمة جداً لفهم القانون المدنى كأهمية العمود

---

(١) فى نظرية الالتزام ينقسم البحث الى قسمين :
١ — القسم الأول : مصادر الالتزام =

الفقرى لجسم الإنسان ، ويجعل لها «تارد» Tarde فى علم القانون مكان نظرية القيمة فى علم الاقتصاد السياسى وأن رجال القانون يجدون فيها أفسح مجال للسمو بالمنطق القانونى إلى أرفع مكان ، ومن رجال القانون من بالغ فوضع لها أسساً رياضية يضاهى بها النظريات الهندسية [1] .

عناصر الالتزام :

إن فقهاء الشريعة الاسلامية قد عبروا أحياناً كثيرة عن الدائن بالطالب وعن المدين بالمطلوب [2] .

كما عبروا أيضاً عن الدائن الملتزم له بالمضمون له والمدين الملتزم بالضامن، ومحل الالتزام بالمضمون به .

= ٢ ـ القسم الثانى : أحوال الالتزام أو أحكام الالتزام وهى خمسة : ـ
أ ـ الالتزام كالتنفيذ .
ب ـ أوصاف الشرط والاجل .
جـ ـ انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق وحوالة الدين .
د ـ اثبات الالتزام بالبينات وغيرها .
هـ ـ انقضاء الالتزام بالوفاء أو الابراء أو التقادم .

(١) يراجع الوسيط جـ ١ ص ١١٤ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ١٦٧
جاء فيها : « ... الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف».
البدائع جـ ٧ ص ١٧٣ أيضا .
رد المحتار جـ ٤ ص ٦١٣ .
جاء فيها « شهدوا على أنه ابرأه من الدين،ثم مات الغريم مفلسا ثم رجع لم يضمن للطالب ، لأنه توى مالديه بالافلاس » .

هذا ، ولفظة الضمان وإن كانت تستعمل بمعنى الغرامة فقد استعملها فقهاء الحنابلة وغيرهم بمعنى الكفالة والتعبير بالضمان فى نظرى له مميزات منها ، أن فيه من القوة ما يوازى الالتزام ، وأنه يتفق مع الالتزام أيضاً فى المعنى اللغوى [1] .

هذا ، ومن الممكن أن نقول بأن عناصر الالتزام ثلاثة فى الفقه الإسلامى : المدين الملتزم والدائن الملتزم له ومحل الالتزام وهو الدين الملتزم به ، ومن الممكن التعبير عن المدين بالمطلوب أو الضامن وعن الدائن بالطالب أو المضمون له وعن الدين بالمطلوب أو المضمون به .

أما فى القانون فان عناصر الالتزام هى :—

(١) الملتزم وهو المدين .

(٢) الملتزم له وهو الدائن .

(٣) محل الالتزام وهو الدين .

والذى يظهر لنا من عناصر الالتزام فى الشريعة والقانون أنها متفقة فى أن المديونية هى العنصر الأساسى فى الالتزام . وأما المسئولية التى تترتب على الدين فإنها ليست إلا وسيلة لأعمال المديونية يتمكن الدائن بواسطتها من الحصول على دينه ، لأن الالتزام عادة لا يكمل إلا إذا اشتمل على عنصر المديونية وعنصر المسئولية .

---

(١) المصباح المنير مادة ضمن .
جاء فيه « ضمنت المال وبه ضمانا فأنا ضامن وضمين والتزمته .
ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنته المال الزمته اياه » .

المبحث الثانى

مصادر الالتزام فى الشريعة :

للشريعة مصدر واحد للالتزام هو الإرادة فقط، تضاف هذه الإرادة إلى الشخص فيكون من مظاهرها العقد مثلا وتضاف إلى المشرع فيكون مظهرها الشرع كالعقوبة على محرم مثل القصاص والتضمين .

ويعبر الفقهاء عن أثر هذه الإرادة بالتصرفات الشرعية ، والتصرف فى اصطلاحهم هو كل عمل ينشىء الالتزام وينتج أثراً شرعيا ، والتصرفات عندهم نوعان؛ تصرفات قولية وتصرفات فعلية فالتصرفات القولية تشمل العقود ومايشبهها كالوقف والنذر وعمل الفضولى وما إلى ذلك.والتصرفات الفعلية كالأفعال التى تكون سببا للضمان كاتلاف مال الغير أو غصبه (١) .

وعليه يمكننا القول بأن مصدر الالتزام فى الفقه الإسلامى هو إرادة الإنسان المعبر عنها بالتصرفات القولية الثنائية الطرف كالعقد أو وحيدة الطرف كالوصية والنذر ونحوه، وإرادة الله التى يعبر عنها بالشرع كالعقوبة على محرم مثل القصاص والتضمين ، أو كالتكليف بواجب كالنفقة (٢) .

وقد صرح بعض فقهاء (٣) الشريعة المحدثين بأن مصدر الالتزام هو

---

(١) يراجع البدائع جـ ٧ ص ١٧١ .

(٢) مذكرة فى بيان الالتزامات فى الشرع الاسلامى للشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٦ و ٣٧ .

(٣) المدخل الى نظرية الالتزام العامة للزرقاء ص ٩٥ . وأيضا المدخل للفقه الاسلامى لأستاذنا الشيخ محمد سلام مدكور .

سببه ، فالعقد سبب الأحكام التي تنشأ عنه وهو مصدر للالتزام قال بعضهم :

« مصدر الالتزام هو السبب الشرعي الذى أنشأ الالتزام فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع والتزام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ وألزم بجبر الضرر باصلاح ما أتلفه أو بضمان مثله أو بقيمته هو فعله الضار بغيره ، والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة . » [1]

وعلى ذلك تكون مصادر الالتزام هى العقد والإرادة المنفردة والعمل الضار والشرع . . . الخ .

مصادر الالتزام فى القانون

إن مصدر الالتزام فى القانون هو الواقعة القانونية أو السبب القانونى الذى يرتب عليه القانون أثرا معينا هو نشوء ذلك الالتزام ، « والواقعة القانونية عندهم هى أى حادثة إرادية أو غير إرادية يكون من شأنها أن تعدل الوضع القانونى القائم ، وبعبارة أخرى هى أمر يحدث يرتب عليه القانون أثراً — وتنقسم الواقعة إلى طبيعية كغروب الشمس وانفجار آلة والولادة والموت ، وإلى وقائع من فعل الانسان بارادته أو بغير ارادته سواء كانت أعمالا مادية كاصلاح حائط الجار ، أو اصطدام سيارة بأحد المارة أو تصرفات قانونية كالعقد [2] » .

والمصادر التى يقول بها أغلب الفقه القانونى الحديث هى :

---

(١) مذكرة فى بيان الالتزامات للشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٣

(٢) يراجع كتاب الأستاذ الدكتور الصدة فى مصادر الالتزام ص ٣٨

١ — العقد .

٢ — والإرادة المنفردة .

٣ — والعمل غير المشروع .

٤ — والإثراء بلا سبب .

٥ — والقانون .

وهذه الاقسام الخمسة لمصادر الالتزام تغلب عليها الصبغة العملية وهى مستخلصة من التبويب الذى اتبعه القانون الفرنسى .

وهنالك تقسيم ثنائى قال به الأستاذ حشمت أبو ستيت والأستاذ بهجت بدوى[1] إذ يقسمان مصادر الالتزام إلى الإرادة والقانون ؛ وقد لوحظ على رأيهما هذا أنه فى الالتزام الارادى يجعلان للدين مصدراً وللمسئولية مصدرا آخر والصحيح أن مصدرهما واحد وهو الإرادة[2] .

هذا ، ولإرجاع المصادر الخمسة المتقدم ذكرها إلى أصول علمية منطقية يجب أن تعرف أن الوقائع التى هى مصادر الروابط القانونية إما أن تكون طبيعية أو اختيارية ، والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالا مادية أو أعمالا قانونية والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من الجانبين ، والقانون من وراء كل ذلك يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعى ، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

---

(١) أصول الالتزامات للدكتور بهجت بدوى فقرة ٢٥ — ٢٨ .

(٢) الوسيط جـ ١ ص ١٢٨ فى الهامش .

والأعمال المادية قسمان :

القسم الأول : أعمال غير مشروعة تصدر من المدين . . . فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار .

القسم الثانى : أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد، أو صادرة من جانب واحد وهذه هى الإرادة المنفردة ، وتقابل الأعمال القانونية الأعمال المادية ، ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية وهذه هى التى تنسب للقانون[١] .

مصادر الالتزام وترتيبها فى فقه الشريعة الاسلامية والقانون :

إن مصدر الالتزام فى فقه التشريع الاسلامى لا يخلو من أن يكون :

(١) عملا يباشره الانسان باختياره فيوجب به حقاً على نفسه يقره الشرع ، ويجب عليه الوفاء به .

ويتناول هذا المصدر الاختيارى كل التصرفات ، سواء كانت بين شخصين أو صادرة من شخص واحد .

(٢) أو عملا يوجبه الشرع ابتداءً لحكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهى ويتناول هذا المصدر الجبرى ، ما أوجبه الشرع ابتداءً مباشرة مثل

---

(١) يراجع الوسيط ج ١ ص ١٣٣ .

نفقات الأقارب ، والفعل الضار وضمانه والفعل النافع ، وذلك لأن الشارع يفرض على القريب نفقة قريبه الفقير العاجز جبراً عليه ، كما يجبر من أضر غيره على إصلاح ما أتلفه أو يضمنه القيمة إن كان المتلف قيميا ، والمثل إن كان مثلياً ، ويجبر المدين على أداء الدين للدائن صاحب الفعل النافع ، ولهذا كان مصدر الالتزامات جميعاً هو الشرع إما مباشرة أو تسبباً .

ولهذا فان مصدر الالتزام في الفقه الإسلامي لا يتعدى الإرادة ، وعليه فالمصدر في التصرفات الاختيارية إرادة المخلوق ، والمصدر في التصرفات التي ترجع إلى إرادة الخالق هو إرادة الشارع التي يعبر عنها بالشرع [١] .

والتصرف في اصطلاح بعض الفقهاء هو كل عمل يصدر عن الشخص بارادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية [٢] . وهذا الاصطلاح هو أحسن ما يضبط التصرف الشرعي ، لأن عبارة كل عمل يشمل التصرفات الفعلية والقولية ، ويقرب من تعريف التصرف القانوني في القانون الوضعي الذي هو « ماصدر بارادة دالا على إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة ، أو على استبدال حالة جديدة بأخرى كذلك . » ولأنه يمتاز بأنه يبرز عنصر الإرادة في التعريف .

هذا والتصرفات الفعلية هي الأفعال التي تكون سبباً للضمان كاتلاف مال الغير أو غصبه والتصرفات القولية تشمل العقود جميعاً وماشابهها كالوقف والنذر وعمل الفضولي بعد الاجازة وما إلى ذلك [٣] .

---

(١) مذكرة مبتدأة للشيخ أحمد ابراهيم في باب الالتزامات ص ٣٦ و ٣٧

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ أبو زهرة ص ١٧٣
العرف والعادة في رأى الفقهاء للاستاذ ابى سنة ص ١٤٧

(٣) البدائع جـ ٧ ص ١٧١

هذا ومن الممكن أن تدخل فى الإرادة كمصدر من مصادر الالتزام ، المصادر الخمسة التى جاءت بالقانون المدنى [١] ، وسبق ذكرها ومنها الإثراء بلا سبب [٢] .

وتقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة تقسيم عملى ، وهنالك تقسيم علمى للأستاذ بلانيول يرد المصادر إلى مصدرين هما العقد والقانون ، ففى العقد تنشىء إرادة المتعاقدين الالتزام وتحدد مداه ولا يتدخل القانون إلا لحماية الالتزام الذى أنشأته الارادة ، أما الالتزامات غير الإرادية فتنشأ جميعها من مصدر واحد هو القانون ، ويؤخذ على هذا التقسيم أنه لا يميز فى الالتزامات غير الارادية بين تلك التى يكون القانون مصدراً مباشراً لها والتى ليس القانون مصدرا مباشرا لها كالعقدة بعد انعقاده فإن القانون يقوم بحمايته وتنفيذه .
ولهذا فان الاتفاق بين القانون والفقه الإسلامى يأتى فى اعتبار العقد والإرادة المنفردة مصدرين للالتزام وإن كان الفقه الإسلامى يدمجهما فى إطار واحد هو التصرفات الإرادية القولية .

ويأتى أيضاً الاتفاق بينهما فى اعتبار الشرع أو القانون فى اصطلاحهم مصدرا للإلتزام فى الفعل الضار وفى كل ما لا يدخل تحت أى نوع من هذه الأقسام التى أدمجها الفقه الإسلامى فى إطار إرادة الله تعالى المعبر عنها بالشرع .

---

(١) يراجع مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ٣٤ فما بعدها .

(٢) فى رأيى أن الاثراء بلا سبب الذى جعله القانون مصدرا قائما بذاته من مصادر الالتزام التى أسلفنا ذكرها لا يستحق أن يفرد كمصدر خاص للالتزام ، ومن الافضل دمجه أو ادخاله ضمن مصدر آخر كالعقد ، لان الاثراء بلا سبب يؤول الى فئة العقد فى نهاية المطاف ، ويصح أن نجعل الشرع أو القانون مصدرا له (كما يقتضينا التشريع الاسلامى لنعتبر الاثراء =

المبحث الثالث

مركز المسئولية التقصيرية من الالتزام:

إن أسباب الأحكام فى الفقه الإسلامى والالتزامات فى القانون المدنى هى الوقائع ، سواء أكان للإنسان يد فيها أم كانت من قبل الشارع .

فالواقعة التى لإرادة الإنسان الاختيارية دخل فيها لاتخلو من أن تكون موافقة لإرادة الشارع أو أوامره أو غير موافقة .

فاذا كانت موافقة فانها تشمل التصرفات الشرعية كالعقد وغيره .

وإذا لم تكن موافقة فانها تكون جريمة أو جناية على نفس أو مال .

وهذا التفصيل يرتبط ارتباطا وثيقاً بما ذكر سابقاً من أن الإرادة هى مصدر الالتزام سواء أكانت تلك الإرادة للخالق أم كانت للمخلوق وهو تقسيم يوافق طبيعة الفقه الإسلامى ويترك الباب مفتوحاً أمام الفقهاء المحدثين ليردوا الفروع إلى تبويب شامل يرجع بها جميعاً إلى الواقعة القانونية . والوقائع فى القانون هى التى يكون للإنسان دخل فى وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه أو عن غير إرادة ، وهى نوعان: أعمال مادية وأعمال أو تصرفات قانونية : (١) فالأعمال المادية التى تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها . فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى احداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم تتجه إلى إحداث

= بلا سبب نظرية شرعية أن نجد لها نصا شرعيا نؤسسها عليه أومرجعافقهيا نستند اليه) .

(١) يراجع مصادر الالتزام للصدة ص ٣٧١

أثر ما ، فان القانون هو الذى يرتب على هذه الأعمال أثرها ، فقد يريد الشخص العمل والأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل نافع أثرى به الغير على حسابه ، بأن قام مثلا بإصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك ، وقد يريد الشخص العمـــل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه ، بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته . والحكم فى جميع هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذى يترتب على العمل المادى يقع بقوة القانون كيفما كانت إرادة الشخص الذى صدر منه هذا العمل [١] ، أما الأعمال أو التصرفات القانونية فهى أعمال الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ، هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو انهاؤه . وهى إما تصرفات صادرة من جانبين ، أى عقود تتم بتوافق إرادتين ، كالبيع والإجارة والوكالة أو تصرفات صادرة من جانب واحد ، أى تصرفات انفرادية تنعقد بارادة واحدة ، كالوصية والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور . والأمر الجوهرى فى هذه التصرفات أن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون ، فهذه الآثار تتم لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

هذا ، والفعل الضار الذى يكون سبباً فى المسئولية التقصيرية ما هو إلا تصرف فعلى من قبيل الوقائع التى لإرادة الإنسان دخل فيها إلا أنها لم تجر على وفق أوامر الشارع وإرادته ، لهذا تعين إلحاقها بمجموعة الجرائم والجنايات التى هى من الوقائع القانونية ومصدرها الشرع [٢] .

---

(١) يراجع مصادر الحق أيضا جـ ١ ص ٦٧ و ٦٨

(٢) جاء فى مصادر الالتزام للصدة ص ٤٣٨ ما نصه : =

والمصدر هو عبارة عن الواقعة القانونية أو السبب الشرعى الذى يرتب عليه القانون أو الشرع أثراً معيناً ينشأ به الالتزام ، وعليه فالمسئولية التقصيرية تقوم على أساس الاخلال بالتزام قانونى هو التزام عام واحد لايتغير وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير مثل أن يتعدى إنسان على مال الغير فيسبب له تلفاً ، أو يتعدى على نفس الغير فيلحق بها أذى ، فيكون ذلك الإنسان مخلا بالتزام شرعى عام يفرض عليه عدم الإضرار بالآخرين .

* * *

= « أما الالتزام الذى يقع الاخلال به فى المسئولية التقصيرية فهو التزام قانونى » .

الفصل الثاني
في تاريخ تطور المسئولية التقصيرية

كلمة تمهيدية

يظهر من تتبع ما كتب عن تاريخ المسئولية التقصيرية أنها مرت منذ نشأتها بالمراحل الآتية ، حتى صارت نظرية ذات أحكام تطبق، أى تطبقها السلطة الحاكمة :

المرحلة الأولى :

مرحلة الثأر في المجتمعات البدائية التي لم تظهر فيها سلطة رأس القبيلة أو أى سلطة مركزية تستطيع أن تفرض نفوذها على من يخرج على نظام أو قانون الجماعة فيضر غيره من الجماعة ، وإنما كان من يفعل فعلا ضارا يستتبع عمله ذلك ضرورة أن يرد المضرور — ان استطاع — فعله بما يماثله ثأرا لنفسه ممن اعتدى عليه، وقد تملى عليه غريزة الثأر ألا يراعى حقه في الاعتداء بالمثل بل يزيد عليه حتى إذا عجز فقد تثور قبيلته فتتدخل ، الأمر الذى كثيرا ما يسبب الصدام بين قبيلتين أو أكثر وربما استمرت الخصومة بينهما أجيالا مالم يتوسط من يفض النزاع .

المرحلة الثانية :

مرحلة القصاص التي ظهرت بظهور السلطة المركزية ذات القوة والنفوذ النسبي في المجتمع . هذه السلطة استطاعت أن تحدد حق الثأر بقصاص المثل « السن بالسن والعين بالعين » وتأذن للمضرور بأن يحدث مثل الضرر الذى أحدثه به الضار من غير زيادة .

المرحلة الثالثة :

مرحلة الدية الاختيارية وذلك بأن تخير السلطة المركزية المضرور بين أن يقتص بالمثل وبين أن يأخـذ تعويضاً عما فقده أو خسره . وهذا العوض بدأ من غير تحديد لمقداره وإنما يتفق الطرفان المتخاصمان على تحديد مقداره .

المرحلة الرابعة :

مرحلة الدية الاجبارية وظهرت فى حيز الوجود عندما تبين للسلطة المركزية أن الاتفاق على مقدار التعويض قد يتعسر على الطرفين ، فحددت قيمة ومقدارا معينا لكل حالة اضرار سلفا يحكم بها العرف أو يحددها التشريع وكل ذلك حسماً للمنازعات .

المرحلة الخامسة :

مرحلة تدخل الدولة وذلك بعد أن ظهرت سلطتها وتقوى نفوذها عقب التطورات الكثيرة التى مرت بها السلطة المركزيه . فالدولة رأت بعد أخذها للمضرور حقه فى التعويض ، أن الضرر قد لا يقتصر على الفرد المضرور فحسب بل قد يمس كيان الدولة مباشرة أو يؤثر على نظامها وأمنها ، وحينذاك فلا بد من أن توقع على الضار عقوبة باسم المجتمع فى بعض الأحوال ، وقد تدرجت الدولة فى ذلك فابتدأت بالجرائم الخطرة كالقتل والسرقة ثم توسعت فيها بعد .

المبحث الأول

تطور المسئولية التقصيرية فى الإسلام

المطلب الأول :

تطور المسئولية التقصيرية
فى الجاهلية — (قبل الإسلام)

١ — مرحلة الثأر :

القبائل العربية قبل الإسلام كانت تعيش متفرقة لكل قبيلة شيخها ولا تجمع بينها سلطة مركزية ذات نفوذ وقوة توحد بينها . وكانت كل قبيلة تجمع بين أفرادها عصبية شديدة تجعل منهم قوة متضامنة فى مواجهة أى اعتداء من أفراد قبيلة أخرى فالاعتداء إذا وقع انعدم التسامح وترتب عليه ضرورة الأخذ بالثأر ، والثأر عندهم كان يمثل العقوبة الرادعة لمن أخطأ فسبب ضرراً لغير أفراد قبيلته .

وهذا الثأر الذى يعتبر عندهم العقوبة الرادعة للجرم المدنى ، كان مغالى فيه ولا تقدير لمقداره ،الأمر الذى كان دائماً يستتبع رد فعل قوى من قبيلة الجانى قد يؤدى إلى استحكام العداء بين القبيلتين ، وقد يسبب حرباً بينهما تستمر أجيالا .

٢ — مرحلة الدية الاختيارية .

عند مارأت القبائل أن الثأر وإن كان يشفى غيظ المجنى عليه أو غيظ قبيلته إلا أنه لا يستفاد منه بشىء يعوض الخسارة المادية التى تقع على المضرور من الضرر . لذا خولوا المجنى عليه أن يستبدل بالثأر دية يختارها ويقبلها الجانى .

هذا ، والعرب فى الجاهلية وقفوا عند هذه المرحلة ولم يتعدوها إلى مرحلة الدية الإجبارية كما فعل الرومان .

المطلب الثانى :

تطور المسئولية التقصيرية فى التشريع الإسلامى

عزز الإسلام منذ فجر ظهوره السلطة المركزية وقوى نفوذها وقضى على العصبية القبلية ، وعلى تضامن القبائل بعضها على البعض عند أخذها بالثأر ، وجعل من القبائل المتنافرة أمة واحدة تدين لكل تشريع يأتى به القرآن الكريم والسنة المطهرة .

فالتشريع الإسلامى فرق من أول يوم شرع فيه للجنايات بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة وذلك بتمييزه بين الجرائم التى تقع فى حق الله والتى تقع فى حق العبد أو تقع وفيها الحقان واحد هما أرجح ، ويجعله جزاء ما وقع على حق الله عقوبة عامة تباشر القصاص عليها الدولة والأخرى جزاؤها من حق العبد وقد يجتمع فيه المعنيان معنى العقوبة العامة ومعنى الضمان أو التعويض الخاص .

وعند الأصوليين الجرم الذى يقع على حق الله يتعلق به نفع عام من غير أختصاص بأحد ، وهذا الحق لما كان عظيم الخطر شامل النفع نسب إلى الله تعالى تعظيما له و تقديرا ، ومن هذه الحقوق الحدود الخالصة وهى عقوبات كاملة عندهم ومثل العقوبات القاصره كحرمان القاتل [1] من

---

(١) لحديث « لايرث القاتل » رواه داود يراجع نيل الاوطار ج ٦ ص ١٩٤ الطبعة الثانية فى سنة ١٣٤٤ هـ .

الارث ، وجميعها تستوفى باسم النفع العام ولا يقبل فيها العفو ولا التنازل ولا الصلح إلا فى بعض المستثنيات القليلة .

وأما الجرم الذى يقع على حق العبد، فهو الذى تتعلق به مصلحة خاصة عندهم، تلك المصلحة لأحد الناس وهو المضرور وتلك الحقوق مثل حرمة مال الغير ، واصاحب الحق ان يسقطها بالصلح أو التنازل أو العفو ويجرى فيها الإرث بخلاف حق الله . ويدخل فى حقوق العباد موضوعنا الضمانات أو الجرم المدنى أو المسئولية التقصيرية كوجوب دفع بدل المتلفات كما يدخل فيهـا التعويض الذى يحمل معنى العقوبة الخاصة كالدية[1] والأرش[2] وحكومة العدل[3] .

ولقد اخترت من الآيات والأحاديث الواردة فى الموضوع ما يأتى :

قال تعالى « تلك حدود[4] الله فلا تعتدوها » — « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم(٥)» — « ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون » .

« ومن قتل(٦) مؤمناً خطئاً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمه إلى أهله »

---

(١) الدية : هى العوض المالى المحدد شرعا للنفس المجنى عليها .

(٢) الارش : هو العوض المحدد شرعا لما دون النفس كالعضو .

(٣) حكومة العدل : « هى العوض غير المحدد شرعا والذى يفوض الشرع القضاء ليحدده بمعرفة الخبراء العدول عن كل جناية بحسبها كما فى الكسر أو الرض » .

(٤) سورة البقرة ٢ (٢٢٨)

(٥) سورة البقرة ٢ (١٧٧ — ١٧٨)

(٦) سورة النساء ٤ (٩١)

« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص[١] » .

« وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم[٢] القوم » وقوله «لا تأكلوا[٣] أموالكم بينكم بالباطل» — «فمن اعتدى[٤] عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ومن الأحاديث الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم : « لاضرر[٥] ولا ضرار » — « لا يأخذن[٦] أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه » « على اليد[٧] ماأخذت حتى تؤديه » — « العمد[٨] قود ، والخطأ دية» — « من كسر[٩] شيئاً فهو له وعليه مثله » — « العجماء[١٠] جرحها جبار » — « الرجل[١١] جبار » — « الا ان[١٢] قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط أو العصا فيه مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها » .

---

(١) سورة المائدة جـ ٥ (٤٤)
(٢) سورة الانبياء جـ ١٧ (٧٧ — ٧٨)
(٣) سورة النساء جـ ٤ (٢٨)
(٤) سورة البقرة جـ ٢ (١٩٣)
(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى جـ ٢ ص ٢٥٤
(٦) الفتح الكبير جـ ٣ ص ٣٥٠
(٧) الجامع الصغير جـ ٢ رقم ٥٤٥٥
(٨) الجامع الصغير جـ ٢ رقم ٥٧٢٦
(٩) نيل الاوطار جـ ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٠
(١٠) نيل الاوطار جـ ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٢
(١١) نيل الاوطار جـ ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٢
(١٢) نيل الاوطار جـ ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ١٦٧

وبهذه الآيات والأحاديث وغيرها وضع الاسلام القواعد المرنة النامية المتطورة أساسا للقواعد التشريعية للمسئولية التقصيرية التي وضعت حداً لفكرة للثأر والدية الاختيارية غير المنظمة وفتحت الباب على مصراعيه لفقهاء الإسلام ليستنبطوا منها الاركان والشروط والأحكام (للمسئولية التقصيرية وغيرها) على ضوء مايظهر لهم من القضايا العملية والمنازعات والوقائع الاجتماعية والمسائل الفرضية . وقد درس فقهاء الإسلام المسئولية التقصيرية على ضوء حاجتهم الاجتماعية فى عصورهم ووضعوا لها أحكامها فى أبواب من الفقه مختلفة متفرعة أهمها :

باب الجنايات [١]

باب الديات

باب الحدود [٢]

باب الغصب [٣]

باب الإتلاف

وقد توسع الفقهاء فى الباب الأخير وطبقوا احكامه على مسائل متنوعة كثيرة وبنوا مسائلها على أن كل عمل ضار وغير مباح يعتبر مصدراً

---

(١) الجنايات : الجناية فى اللغة معناهــا الذنب وفى الاصطلاح الفقهى هى كل اعتداء على الجسد أو العرض أو المال ــ وان كانت كلمة جناية قد تخصصت اليوم فى القانون بمعنى الجريمة الخطيرة التى يعاقب عليها بالعقوبات الارهابية .

(٢) الحدود : الحد شرعا اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعــالى وردعا وزجرا للمجرمين كحد السرقة .

(٣) الغصب : أخذ مال الغير بغير وجه شرعى جهارا وقهرا .

من مصادر الالتزام بالضمان وذلك بأن يقوم الضار بتعويض المضرور عن الضرر الذى لحق به . وسموا التصرف غير المباح بالضمان والفاعل ضامناً .

هذا والضمان فى الاصل الكفالة ، أما معناه فى موضوعنا فهو : اشغال الذمة بالتزام أداء مثل ما اتلف إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا .

ومن القواعد الكلية التى وضعوها وتصلح فى مجموعها لأن تكون أساسا لنظرية عامة مايأتى :

الضرر يدفع بقدر الإمكان - الضرر يزال — الضرر لايزال بمثله — يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام — درء المفاسد أولى من جلب المنافع — المشقة تجلب التيسير — لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان - الجواز الشرعى ينافى الضمان — الخراج بالضمان - الغرم بالغنم - لايجوز لأحد أن يتصرف فى ملك لغيره بلا إذن — الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل — يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً — المباشر ضامن وإن لم يتعمد — المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد - إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر .

وإن كل هذه القواعد الكلية يشملها الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » .

ولقد حاولت الدولة العثمانية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بموضوعنا فى موادتبدأ من المادة ٩١٢ حتى المادة ٩٤٠ — وفيما يلى بالهامش نص المواد نقلا من المجلة العدلية[١]

---

(١) تراجع ص ١٥٢ فما بعدها من مجلة الاحكام العدلية طبعة سنة ١٣٠٥ هـ جاء فى الفصل الاول والفصل الثالث والفصل الرابع خاصا بموضوعنا ما يأتى : =

• • • • • • •

(فى مباشرة الاتلاف)

مادة ٩١٦ – اذا أتلف صبى مال غيره يلزم الضمــان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه •

(فى بيان الاتلاف تسببا)

مادة ٩٢٣ – لو خافت دابة أحد من الآخر وفرت وضاعت لايلزم الضمان واما اذا كان خوفها قصدا يضمن وكذا اذا خافت الدابة من صوت البندقية التى رماها الصياد وانحلت وفى أثناء فرارها سقطت وانكسر أحد أعضائها أو تلفت لايلزم الضمان أما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد تخويفها يضمن • انظر المادة ٩٣ •

مادة ٩٢٤ – يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ماذكر آنفا يعنى ضمان المتسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر احد فى الطريق العام بئرا بلا اذن أولى الامر وسقطت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن واما لو سقطت الدابة فى بئر كان قد حفره فى ملكه وتلفت لايضمن •

(فى الاشياء التى تحدث فى الطريق)

مادة ٩٢٦ – لكل احد حق المرور فى الطريق العام لكن بشرط السلامة يعنى مقيد بشرط أن لايضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها بناء عليه اذا سقط الذى على الحمال واتلف مال أحــد يكون الحمال ضامنا وكذا اذا أحرقت ثياب أحد كان مارا فى الطريق الشرارة التى طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد يضمن الحداد ثياب ذلك المــار •

مادة ٩٢٧ – ليس لاحد الجلوس فى الطريق العام ووضع شىء فيه وأحداثه بلا اذن أولى الامر واذا فعل يضمن الضرر والخسار الذى تولــد من ذلك الفعل بناء عليه لوغلط أحد ووضع على الطريق العام الحجارة وادوات العمارة وعثر به حيوان آخر وتلف يضمن كذلك لوكب

• • • • • • •

أحد على الطريق العام شيئا يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن •

مادة ٩٢٨ — لو سقط حائط وأورث غيره ضررا لايلزم الضمان ولكن لو كان الحائط مائلا للانهدام أولا وكان قد نبه عليه أحد وتقدم بقوله اهدم حائطك وكان مضى وقت ويمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان ولكن يشترط أن يكون المنبه من أصحاب حق التقدم والتنبيه أى اذا كان الحائط سقط على دار الجيران يلزم أن يكون الذى تقدم من سكان تلك الدار ولا يضر تقدم أحد من الخارج وتنبيهه واذا كان قد سقط على الطريق الخاص يلزم أن يكون الذى تقدم ممن له حق المرور فى ذلك الطريق وان كان قد سقط فى الطريق العام فلكل أحد حق التقدم •

(فى جناية الحيوان)

مادة ٩٢٩ — الضرر الذى نشأ من تلقاء الحيوان لايضمنه صاحبه أنظر الى المادة (٩٤) ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفاه اذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه •

مادة ٩٣٠ — لايضمن صاحب الدابة التى اضرت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن •

مادة ٩٣١ — اذا أدخل أحد دابته فى ملك غيره بأذنه لايضمن جنايتها فى الصور التى ذكرت فى المادة آنفا حيث أنها تعد كالكائنة فى ملكه وان كان أدخلها بدون اذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال يعنى حال كونه راكبا أو سائقا أو قائدا أو موجودا واما لو دخلت بنفسها ودخلت فى ملك الغير واضرت فلا يضمن •

مادة ٩٣٢ ـ لكل أحد حق المرور فى الطريق العام مع حيوانه بناء عليه لايضمن المار راكبا على حيوانه فى الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لايمكن التحرز عنهما مثلا لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها العقبى أو لطمت بذيلها وأضرت لايلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذى وقع من مصادمتها أو لطمة يديها وذيلها .

مادة ٩٣٣ ـ القائد والسائق فى الطريق العام كالراكب يعنى لايضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر .

مادة ٩٣٤ ـ ليس لاحد حق التوقيف لدابة أو ربطها فى الطريق العام بناء عليه لو وقف أو ربط أحد دابته فى الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال ان كانت الجناية حصلت من لطمة يدها أوذيلها أوغيرهما وأما المحال التى أعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراء مستثناة .

مادة ٩٣٥ ـ من ترك حيوانه مخلى الرأس فى الطريق العام يضمن ما أضره .

مادة ٩٣٦ لوداس الحيوان الذى كان راكبه أحد على شىء بيده أو رجله واتلفه يعد الراكب قد أتلف ذلك الشىء مباشرة فيضمن على كل حال يعنى ان كان فى ملكه أو فى ملك الغير .

مادة ٩٣٧ لو كانت الدابة جموحا ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضرت لايلزم الضمان .

مادة ٩٣٨ ـ لو أتلفت الدابة التى كان قد ربطها صاحبها فى ملك دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك ذلك بلا اذنه لايلزم الضمان صاحبها .

مادة ٩٣٩ ـ اذا أتلفت دابتا آخرين احداهما الاخرى حال كونهما ربطهما صاحباهما فى محل لهما حق الرباط فيه فلا يلزم الضمان مثلا لو أتلفت دابة أحد المشتركين فى دار دابة الآخر عندما ربطاهما فى تلك الدار لا يلزم الضمان .

المبحث الثاني

تطور المسئولية التقصيرية فى القانون

المطلب الأول :

تطور المسئولية التقصيرية
فى القانون الرومانى

نص قانون الألواح الاثنى عشر على أن بعض الجرائم التى تقع على الأفراد تعتبر جرائم عامة ولخطورتها تعاقب الدولة عليها بالإضافة إلى حق المجنى عليه فى الثأر أو الدية . كما نص على أن بعض الجرائم الخاصة تعتبر الدية فيه اختيارية وفى بعضها تعتبر إجبارية ، إلا أن الدية فى القانون الرومانى ليست تعويضاً عن الضرر وإنما هى عقوبة خاصة تحل محل حق الثأر ، ولهذا فإن الحق فيها ينقضى بموت الجانى وليس للمضرور الحق فى مطالبة ورثته .

ومن النصوص[1] الواردة فى الألواح يتبين أن القانون الرومانى ميز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة من أول عهده .

هذا ، وقد جاء فى قانون إكيليا بعد ذلك وفى سنة ٢٨٧ ق . م . أن

مادة ٩٤٠ ـ لو ربط اثنان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق لرباط حيوان وأتلفت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخرا لا يلزم الضمان واذا كان الامر بالعكس يلزم الضمان .

(١) يراجع عبد المنعم بدر والبدراوى فى شرح القانون الرومانى سنة ١٩٥٤ نبذة ٥٥٥ فما بعدها .

جزاء جريمة قتل الرقيق أو الماشية أو جرح أحدهما وجزاء بعض حالات إهلاك أو إتلاف أشياء مادية أخرى غرامة خاصة يتقاضاها المضرور . وتلك الغرامة تقدر بأعلى قيمة الشيء المتلف خلال السنة ، إن كان رقيقاً أو ماشية ، وخلال الثلاثين يوماً الأخيرة إن كان المتلف أشياء أخرى ، وتضاعف القيمة إذا أنكر الجانى الجريمة ثم ثبتت عليه بدعوى مقيدة بالشروط الآتية : —

١ — أن يكون قد وقع مساس مادى بمال الغير دون حق .

٢ — وأن يكون هذا المساس من طريق عمل إيجابى لا من طريق مجرد الامتناع .

٣ — وأن يحدث هذا المساس بفعل مادى من الجانى يقع مباشرة على مال الغير .

٤ — وأن يكون المجنى عليه مالكا المتلف وروماني الجنس غير أجنبي .

وفوق ذلك كان مقرراً أن هذا القانون لا يسرى على إتلاف العقارات .

وقد توسع فقهاء القانون الرومانى مع مرور الزمن فى تفسير النصوص المذكورة حتى أصبح حق المطالبة بتوقيع العقوبة الخاصة مقرراً فى أغلب حالات المساس المادى بشخص الغير أو بماله إلا انهم لم يصلوا إلى حد تعميم القول بأن كل مساس بحق الغير يوجب مسئولية فاعله سواء كان مساساً مادياً أم غير مادى (١) .

---

(١) يراجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى الجزء الأول ص ١٦٣ فما بعدها .

ثم إن فكرة الخطأ كشرط لقيام المسئولية التقصيرية لم يعرفه القانون الرومانى إلا فى عهد الجمهورية وتحت تأثير الفلسفة اليونانية ومع ذلك فإن فكرة الخطأ التى قال بها بعد ذلك لم تحدد ولم توضح معالمها .

والظاهر أن المسئولية الناشئة عن الفعل الضار كانت عند الرومان وظلت حتى آخر عهد قانونهم مسئولية جنائية والمجنى عليه هو صاحب الدعوى بها فوق ما للدولة من حقوق فى الجرائم العامة . والعقوبة التى توقع على الجانى عبارة عن غرامة يتقاضاها المضرور وتقدر تقديراً كثيراً ما يجاوز ما يوازى جبر الضرر .

هذا ، والقانون الرومانى لم يقرر فى المسئولية التقصيرية مبادىء عامة وإنما وضع حلولا جزئيه لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن ولكن لم تنظمها قاعدة عامة قط .

المطلب الثانى :

تطور المسئولية المدنية

فى القانون الفرنسى

كانت المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى القديم ذات صبغة جنائية . وكانت تخول للمجنى عليه أن يطالب بتغريم الجانى غرامة محددة . وقد جاءت عقوبة الغرامة نتيجة تطور بديلا عن الثأر . ولقد ميز القانون الفرنسى القديم بين الجرائم التى تقع على الأشخاص ، والتى تقع على الأموال فى أوائل القرن الثالث عشر ، كما أقر حق طلب التعويض للمضرور مقابل ما أصابه من ضرر .

وفى القرن السابع عشر ابتدأت المسئولية المدنية تبرز وتستقل عن المسئولية الجنائية ، وقد تأسست فى القانون الفرنسى القديم على فكرة

الخطأ بوجه عام وقد ظهر ذلك أول ما ظهر فى مؤلف الفقيه « دوما » عن القوانين المدنية .

وهكذا استمر تطور المسئولية المدنية حتى استقلت تماما عن المسئولية الجنائية فى أواخر القرن الثامن عشر قبيل الثورة الفرنسية . واعتبر الخطأ أساساً لها لا تقوم بدونه وتقرر بشأنها قاعدة عامة كما تقرر إلى جانب هذه القاعدة جواز مساءلة المرء عن فعل غيره فى أحوال معينة ، ومساءلته عن الأضرار التى تقع بفعل حيواناته أو تنشأ عن سقوط مبانيه .

وفى القرن التاسع عشر ضمن القانون الفرنسى المادة ١٣٨٢ من مواد قانون المسئولية التقصيرية القاعدة العامة فى صياغته فقال « كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر » وقرر أيضاً فى المادة ١٣٨٣ النص التالى « المرء لا يسأل عن الضرر الذى سببه بفعله فحسب ، بل يسأل أيضاً عما سببه بإهماله وبعدم تبصره » .

والقاعدة المنصوص عليها فى المادتين المذكورتين تشترط فى تحقق المسئولية المدنية توافر الأركان الثلاثة : الضرر — والخطأ — وعلاقة السببية بينهما .

هذا ، واستثناءاً من القاعدة آنفة الذكر أعفى المشرع المضرور من عبء إثبات الخطأ الضار بالمواد ١٣٨٤ إلى ١٣٨٦ وهى حالات مسئولية الآباء والأمهات والمربين والمخدومين والمتبوعين عمن تحت رعايتهم ومسئولية الحيوان أو مستخدمه عن أفعال حيوانه ، ومسئولية مالك البناء عن انهدام بنيانه بسبب العيب أو النقص فى الصيانة .

لقد زادت قضايا المسئولية المدنية وتلاحقت بسرعة فائقة فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر وذلك للنهضة الصناعية الكبرى التى انتشرت

فى أوربا وسببت زيادة فى عدد الحوادث الضارة وأيضاً للتحول السريع فى الأفكار السياسية والنظريات العلمية المادية ، الأمر الذى جعل نصوص القانون الفرنسى عاجزة عن سدحاجات المجتمع الذى أصبح ينمو ويتطور تطوراً جعل الشعور بالحاجة إلى تطوير قانون المسئولية التقصيرية قبيل القرن العشرين أمراً لا بد منه لاسيما وأن إثبات الخطأ فى حوادث العمل والنقل والآلات الصناعية الحديثة صار صعباً . ولتلافى هذا النقص تعددت الوسائل الفقهية والقضائية لاستنباط قاعدة أخف وطأة من قاعدة الخطأ الضيقة التى يصعب إثباتها . فلجأ بعض الفقهاء الفرنسيين إلى نظرية جديدة هى نظرية تحمل « التبعة » لأن العدالة تقتضى إقامة التوازن بين ذمتين ماليتين ذمة المصاب وذمة مسبب الضرر على أساس « الغرم بالغنم » وقد صادفت بادىء ذى بدىء نجاحاً ولكن رغم ذلك لم تنل حظاً من الاعتبار وإن كانت هذه النظرية ساعدت على اللجوء إلى نظرية أخرى هى « الخطأ المفترض » فى حالات كثيرة .

هذا ، ولم يخص واضعوا التقنين الفرنسى المسئولية التقصيرية بأكثر من خمس مواد من ١٣٨٢ إلى ١٣٨٦ وهى:

المادة ١٣٨٢ : « كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر »

المادة ١٣٨٣ : « المرء لا يسأل عن الضرر الذى سببه بفعله فحسب بل يسأل أيضاً عما سببه بإهماله أو بعدم تبصره » .

ونص القانون الفرنسى فى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى :

«على أن المرء يسأل ليس فقط عن الضرر الذى يحدثه بفعله الشخصى بل أيضاً عن الضرر الذى يحدث بفعل الأشخاص الذين يكون هو مسئولا عنهم أو بفعل الأشياء المنوطة به حراستها » .

ثم فصلوا هذه الأحوال فنصوا على مسئولية الأب أو الأم عن الأضرار التى تحدث من أولادهما القصر المقيمين معهما... «المادة ١٣٨٤، فقرة ثانية »

وعلى مسئولية المخدوم والمتبوع عن أفعال خدمهم أو تابعيهم التى تقع منهم فى أداء وظائفهم . « المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة » .

وعلى مسئولية مالك الحيوان أو من يستخدم الحيوان طوال مدة استخدامه إياه عن الأضرار التى تحدث بفعل الحيوان . « المادة ١٣٨٥ » .

وعلى مسئولية مالك البناء عن الأضرار التى تصيب الغير من انهدام البناء . « المادة ٣١٧٦ »[1] .

---

(١) يراجع كتاب المسئولية التقصيريه للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص١٤/١٥ • وتراجع ترجمة رفاعه الطهطاوى لقانون نابليون جاء فيها مايأتى :

بند ١٣٨٢

« كل عمل اياما كان نشأ منه خسارة على الغير ، وجب على من تسبب فى ذلك بتقصيره أن يجبر تلك الخسارة » •

بند ١٣٨٣

« يضمن كل انسان الخسارة التى تترتب على فعله بل ولو على تركه وعدم احتياطه » •

بند ١٣٨٤

ليس الانسان ضامنا للخسارة التى تتسبب عن عمله فقط ، بل هو ضامن أيضا للخسارة التى تتسبب عن عمل من يكون تحت ولايته وكفالته ووصايته وضمانه ، وهو ضامن أيضا للأشياء التى تكون تحت حفظه واستيداعه •

فيضمن الأب الخسارة التى تنشأ عن عمل أولاده القاصرين الساكنين معه وكذلك الأم عند فقد الأب ، وكذلك يضمن المخدوم أو الأصيل الخسارة الناشئة عن خادمه أو وكيله فى الوظيفة التى أقامه فيها •

=

المطلب الثالث :

تطور المسئولية المدنية فى القانون الإنجليزى

كان عصر الاحتلال[1] النرماندى لإنجلترا يسمى عصر القانون الجنائى .

= ويضمن المعلمون علما أو صنعة الخسارة التى ترتبت عن عمل تلامذتهم وصبيانهم ماداموا تحت ملاحظتهم » .

ومحل وجوب الضمان فى هـذه الصور اذا لم يبرهن الآب أو الأم أو المعلمون على أنه لم يمكنهم أن يمنعوا هذا الحادث الذى ترتب عليه الضمان» .

بند ١٣٨٥

« يضمن مالك الحيوان أو مالك منفعته مادام الحيوان تحت استعماله جميع التلف الذى يحصل من هذا الحيوان سواء كان تحت يده أو حفظه أو ضل منه أو انفلت » .

بند ١٣٨٦

ويضمن صاحب المبانى الخسـارة التى تنشأ عن تهديدهـا وسقوطها اذا حصل ذلك بالتقصير فى حفظها وتعهدها أو لخلل فى عمارتها .

(١) يراجع كتاب «بلوك» فى القانون القديم ج ٢ ص ٤٤٩ فما بعدها

The ancient Law—Sir F. Pollock voll(11)—2nd Edition

ونص ما جاء به الآتى :

1911. (Crime and Tort) Page 449.

"Of the more ancient system we shall say but little. On the eve of the norman conquest what we may call the criminal law of England (but it was also the law of torts or civil wrongs) contained four elements which deserve attention ; its past history had in the main consisted of the varying relations between them. We have to speak

والجرائم المدنية ؛ وكان الذى يجرم يعرف أنه دخل فى حرب مع الجماعة،
وكانت الجماعة تعرف أنها فى حرب معه ولهذا توجب على أى فرد من
أفراد الجماعة أن يتتبع المجرم وتخوله الحق فى أن يتلف للمجرم أرضه

---

of outlawry, of the bloodfeud, of the tariffs of war and bit and wite, of punishment in life and limb. As regards the malefactor, the community may assume one of four attitudes ; it may make war upon him, it may leave him exposed to the vengence of those whom he has wronged it may suffer him to make atonement it may inflict on him a determinate punishment, death, mutilation or the like.

Though we must not speculate about a time in which there was no law the evidence which comes to us from England and elsewhere invites us to think of a time when law was weak, and its weakness was displayed by a ready recourse to outlawry. It could not measure its blows ; he who defied it was outside its sphere ; he was outlaw. He who breaks the law has gone to war with community ; the community goes to war with him. It is the right and duty of every man to pursue him, to revage his land, to burn his house to hunt him down like a wild beast and slay him ; for a wild beast he is ; not merely is he a friendless man he is a wolf. Even in the thirteenth century, when outlawry had lost its exterminating character and had become an engine for compelling contumacies to abide the judgement of the courts, this old state of things was not forgotten ; Caput gerat lupinun in these words the courts decreed outlawry. Even in the nineteenth century the king's right to year day and waste of fellow's land remained as a memorial of the time when the decree of fire and sword.

ويحرق منزله وله حق قتله واصطياده ، كما يصطاد الحيوان المفترس
واستمر ذلك حتى القرن الثالث عشر .

ثم تطور هذا الوضع حتى أصبح المجتمع يساعد المجنى عليه على الثأر

See Also Page 450 (Crime and tort).

Without actively going to war, within the offender, the law may leave him unprotected against those who have suffered by his misdeed ; it may concede to them the right to revenge themselves. The slaughter of a member of one by a member of another kin has been the sign for a blood feud. The injured kin would avenge its wrong not merely on the person of the slayer, but on his belongings. It would have life or lives for life, for all lives were not of equal value; ..

See Also Page 451.

A deed of homicide is thus a deed that can be paid for by money. Outlawry and blood-feud alike have been retiring before a system of peculiary composition of bit ; that is, of betterment. From the very beginning, if such a phrase be permissible, some small offence could be paid for ; they were emandible. The offender could buy back the peace that he had broken. To do this he had to settle not only with the injured person but also with the king : A complicated tariff was elaborated. Every kind of blow or wound given to every kind of person had its price and much of the jurisprudence of the time must have consisted of a knowledge of these pre appointed prices.

Gradually more and more offences became emendable : outlawry remained for those who would not or could not

لنفسه من الجانى وقد يضطر الذى أجرم إلى إرضاء المضرور وذلك بأن يدفع له مالا يكون عوضاً عن الضرر الذى لحق به . وكانت الجماعة إذا عاقبت المجرم تعاقبه عقوبة صارمة شديدة تصل إلى حد القتل أو بتر عضو من أعضائه .

ثم تطور الوضع وأصبح المجتمع يباشر معاقبة المجرم بواسطة الملك ويخول الملك سلطات واسعة واستمر ذلك حتى القرن التاسع عشر .

كانت الناحية الخاصة فى القوانين الانجليزية القديمة أقوى من الناحية

---

or could not pay. Homicide, unless of a specially aggravated kind, was emandible, the bit for homicide was the wergild of the slain.

Along with this process and constantly interfering with it went on another which we may call the institution of true punishment. Perhaps there never was a time in this country when the community did not conflict punishment upon as distinguished from declaring outlawry against certain criminals. To distinguish between these two acts may have been difficult. Outlawry was the capital punishment of a rude age. But the outlaw may at times have been reserved even in the rudestage, for a solemn death he was pevoted to the gods a human sacrifice capital punishment by hanging, drowning on burrying alive in a morass. The crimes that he mentions include those most hateful to a warlike folk such as treason and cowardness and also some misdeeds which may have been regarded as crims against religion : Homicide on the other hand was emandible with money, or rather with horses and oxen. The influence of christianity made for a while against punishment and in favour of emandation or atonement. The one punishment that can easily be inflicted by a state which has no apparatus of prisons and penitentaries is death.

العامة التى تمثل وجهة نظر الدولة إلى الجريمة بما تفرضه من عقوبات لأجل المحافظة على الأمن والنظام العام . والناحية الخاصة تتعلق بالفرد المتضرر من الجريمة وحقه فى التعويض ، وكان سبب قسوتها هو أن سلطان الدولة لم يكن آنئذ قوياً بحيث يقوم بتأديب المجرم أو بتحصيل حق المتضرر ، لأن الحق كان للقوة وكان المتضرر هو وقبيلته يحصلون على مال معلوم ، ولذا كان قانون القصاص من أقدم قوانين انجلترا ، لما فيه من بساطة ومساواة . ولكن لما قوى نفوذ الدولة ابتدأت وضع الأحكام بشكل عام واستمر التدرج فى التطور إلا أنه لم يسر على وتيرة واحدة فى جميع الأمم والبلاد . ولكن بدون شك إذا رجعنا إلى الماضى البعيد فى تاريخ شريعة الجرائم نجد أن الناحية الخاصة أبرز من الناحية العامة ومعظم الجرائم كانت ترمى إلى تعويض المضوور ولم تكن جزائية تقصد إلى معاقبة المجرم باسم الحق العام .

ومن الجدير بالذكر أن الشريعة الإنجليزية القديمة تعتبر الجنايات الجثمانية لا تسبب ضرراً مالياً للمجنى عليه ، وتعتبر دعاوى التعويض الناتجة عنها تسقط بوفاة الجانى المتضرر نفسه ، وهذه القاعدة قديمة عندهم ولا تزال باقية إلى اليوم على الرغم من أن المستثنيات العديدة التى أدخلت عليها .

وان الشريعة الانجليزية لم تتأثر بالقانون الرومانى كما تأثرت أغلب التشريعات الأوربية ، ولذا ليس فيها نظرية عامة للمسئولية المدنية وإنما فيها فئات معدودة من الجرائم الخاصة لكل منها أحكامها الخاصة المعينة وقد سمى القانون الانجليزى المسئولية المدنية بقانون الجرائم المدنية بالجمع لاقانون الجرم المدنى .[1]

---

(١) يراجع كتاب « من »القانون القديم
طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٢١٧ وما بعدها .

وإليك بالهامش (١) طائفة من أحكام الجرائم المدنية فى القانون الإنجليزى الحالى الخاصة بموضوعنا : —

---

(١) يراجع كتاب سالمند فى قانون المسئوليةالمدنية الطبعة الخامسة ص٧١ جاء فيه ما ترجمته :

ان القاصر مسئول عن خطئه بصفة عامة بمثل مسئولية البالغ الا أن مسئوليته فى بعض فروع القانون تستثنى بسبب أن المدعى عليه أقل من السن المحددة فالطفل الذى يقل عمره عن ٧ سنوات معفى من كل مسئولية للجرم الذى أجرمه ، والطفل الذى ما بين ٧ الى ١٤ من عمره يفترض عدم أهليته للقصد الاجرامى وان كان هذا الافتراض من الممكن اثبات عكسه ، ومن كان عمره أقل من احدى وعشرين سنة يكون خاليا من المسئولية عن نقضه عقدا فى قانون المسئولية المدنية على أى حال فليس هنا لك أساس للاستثناء ولهذا كل طفل من أى عمر يؤاخذ على أى ضرر يلحقه بالأرض أو ممتلكات الغير ويعتبر مسئولا عن الأضرار كأنه بالغ (١) .

ونص هذه الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى :

SEE THE LAW OF TORTS—By Sir John Salmond
(Fifth Edition—Page 71)

19—MINORS

A minor is in general liable for his torts in the same manner and to the same extent as an adult. In certain other branches of the law liability is excluded by the fact that the defendant is below a certain age. Thus, a child under seven years of age is exempt from all responsibility for crimes committed by him. A child between the ages of seven and fourth is presumed to be incapable of criminal intent though this presumption may be rebutted by proof to the contrary. A person under the age of twenty one is in general free from all liability for breach=

* * * * * * *

of contract. In the law of torts however, there are no similar rules of exeption. Thus a child for any age may be sued for tresspass to land or injury to property and will be held liable in damages just as if he were an adult.

وجاء فی ص ٤٤٨ من كتاب سالمند سالف الذكر ما ترجمته :

وكل حق قرر على الوالدين نيابة عن الطفل قد قرر لا لكونهما والدين وانما قرر بوصفها سيدين للطفل والطفل تابع لهما كتبعية الخادم لسيده ولكن اذا لم توجد هذه العلاقة سواء بسبب أن الطفل أصغر من أن يقدم أى خدمة أو بسبب أن الطفل فى خدمة غير والديه أو بسبب غير ذلك فان الوالدين لا يكونان مسئولين عن أى خطأ يحدث من طفلهما .

ونص الترجمة بالانجليزية فى ص ٤٤٨ من كتاب سالمند فى المسئولية المدنية كالآتى :

SEE SALMOND. Pags 448 (CHAPTER XIII)

128 Parent and child

2.—All night of action vested in a parent in respect of his children rested in him not in his capacity as a parent, but in his capacity as the master of his child, and are therefore dependent upon the existence in the particular case of the relation between the master of his child and are therefore dependent upon the existence in the particular case of the relation of master and servant. If this relation does not exist either because the child is too young to give any services, or because he is in the service of some other person, or for any other reason, the father has no remedy for any wrong done to him in respect of his child.

وجاء فى مسئولية المخدم عن أخطاء خادمه فى كتاب اندرهل فى المسئولية المدنية ص ٢٧ ما ترجمته :

◆ ◆ ◆ ◆ ◆

« ان الخادم شخص يستخدمه آخر ويكون خاضعا لأوامر المخدم فيما يختص بطريقة أداء عمله .

وقد يقع أن يكون شخص فى خدمة رجل بوجه عام،ثم يكون فى خدمة رجل آخر لغرض معين ، بحيث يكون خاضعا لأوامر الرجل الآخر فيما يختص بطريقة ادائه لذلك الغرض المعين .

والمخدم يكون مسئولا عن اهمال خادمه فى حدود خدمته ، كما يكون مسئولا عن أى مخالفة مدنية يرتكبها خادمه عمدا اذا وقعت المخالفة فى حدود دائرة عمله وفى أثنائه حتى وان بلغت المخالفة مرتبة الجريمة ، وكان ارتكابها لمصلحة الخادم الخاصة » .

See Underhill Law of Torts

Art. 27.

1) A servant is a person employed by another and subject to the commands of that other as to the way he shall do his work.

2) A person who is in the general employment of one man may be the servant of another for a particular purpose, that other having control of him as to the manner in which he carries out his duties in connection with that particular purpose.

3) A master is liable for the negligence of his servant committed in the course of his employment.

4) A master is liable for the wilful tort of his servant committed within the scope of his employment and for the general benefit of the master even though in fact the master derives no benefit therefrom and though the tort amounts also to a crime.

وفى مسئولية المخدم أيضا يراجع كتاب : أندرهل السابق المـادة ٩٢ جاء فيه ما ترجمته :

« ليس المخدم مسئولا نحو خادمه عن أى ضرر ناتج عن اهمال أو عدم كفاءة زميل فى العمل اذا حدث الضرر فى أثناء خدمتهما المشتركة .

وان هذه النظرية تطبق فقط فى حـالة وجود مخدم مشترك وخدمة

مشتركة ، ولدى نفس المخـدوم ، كعامل عند حداد يضرب بالمطرقة فيصيب زميله أثناء عمل يؤديانه معا .

وليس من الضرورى أن تتضمن الخدمة المشتركة اشتغال الخادمين فى نفس العمل ، أو فى عمل مماثل ، أو فى نفس درجة الخدمة على أن يكون الضرر الواقع ، أو الاصابة الواقعة من زميل نتيجة طبيعية حتمية للعمل الذى قبله الزميل بحيث يمكن اعتبارها من ضمن أخطار العمل الذى اضطلع به .

هذا ، ودفاع الخدمة المشتركة جائز ضد القاصر .

اذا كان الاهمال اهمال المخدوم نفسه فهو مسئول عن الضرر الناتج لخادمه عن اهماله ــ وقد يتضمن هذا الاهمال ما يأتى :

(١) تخديم المخدوم لخادم يعلم أنه غير كفء ، أو بدون استعلام كاف مقدار كفائته

(٢) استبقاء المخدوم لخادم يعلم أنه اعتاد الاهمال .

(٣) ترك المخدوم للمكان أو المصنع أو الآلات فى حالة خطرة اذا كان يعلم أو كان ينبغى أن يعلم أنها فى حالة خطرة .

(٤) اخلال المخدوم بواجب قطعى فرضه القانون على المخدوم لفعل شىء معين لحماية العامل ، كلائحة تسييج الآلات تتطلب وضع سياج حول الأجزاء الخطرة والقاطعة فى الآلات » ونص هذه الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى :

See Underhill Law of Torts

Art. 29.

1) A master is not liable to his servant for damage resulting from the negligeuce or unskilfulness of his fellow-servant in the course of their common employment.

2) A master who is personally negligent is liable to his servant for damag resulting from such negligence

and such negligence may consist on :—

a. Employing another servant knowing him to be incompetent or without making proper enquiries as to his competence.

b. retaining his employment a servant whom he knows to be habitually negligent.

c. Allowing the premises, plants or machinery to be in a dangerous condition, when he knows or might have known they were dangerous.

d. Breach of an absolute unqualified duty imposed the employer by statute to do something for the prote tion of workmen.

See Also, Under hills Law of Torts Book ninth Edition see page 209 — Secton II — The employess liability Oct. 1880 — Art 94.

وجاء في المسئولية عن الاخلال بواجب منع ضرر الاشياء الخطرة والحيوانات بكتاب أندرهل المادة ٨٥ ما ترجمته

نظرية فلتشر ضد ريلند :

اذا أتى شخص — الى أرضه ولاغراضه الشخصية — بشيء يحتمل أن يحدث اضرارا اذا أفلت من مكانه . فعلى ذلك الشخص أن يحفظ ذلك الشيء على مسئوليته وهو مسئول عن أي ضرر ينجم عن افلات ذلك الشيء .

يعفى الشخص المذكور من المسئولية اذا أثبت أحد الامور الآتية :

١ — ان افلات الشيء كان بسبب خطأ المدعي .

٢ — ان افلات الشيء كان قضاء وقدرا ، أي بسبب القوة القاهرة .

٣ — ان افلات الشيء كان بسبب فعل خاطيء من قبل شخص غريب لا سلطة عليه من قبل المدعى عليه .

لا تنطبق النظرية المذكورة في الاحوال الآتية :

◆ ◆ ◆ ◆ ◆

١ – اذا لم يكن المدعى عليه هو الذى أتى بالشيء أو جمعه أو حفظه فى أرضه •

٢ – اذا كان المدعى عليه قد أتى بالشيء ، أو جمعه ، أو حفظه فى أرضه ، ليس لأغراضه الشخصية ، بل لمصلحة المتضرر نفسه كليا أو جزئيا •

٣ – اذا خوله القانون ليأتى بالشيء ، أو يجمعه ، أو يحفظه على أرضه.

هذا وواقعة النظرية كالآتى :

« كان المدعى يستأجر منجماًوكان المدعى عليه يملك طاحونة على أرض مجاورة • أراد المدعى عليه أن يبنى مستودعا للماء ، وبالفعل استخدم أشخاصا خبيرين بهذا الغرض – بعد أن تم صنع المستودع وامتلأ ماء انفجر من أسفل حيث كانت الارض طينية لينة ، فتسرب المـاء منها الى منجم المدعى فأغرقه • قالت المحكمة ان المدعى عليه هو المسئول •

هذا ، ونص النظرية باللغة الانجليزية :

See Underhill Law of Torts

CHAPTER IX

LIABILITY FOR BREACH OF DUVY TO PREVENT DAMAGE FROM DANGROUS THING

THE RULE IN FLETCHER AND RYLAND

Art. 58.

1) The person who for his own purposes brings on land which he occupies and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril and if he does not do so in primâ facie answerable for all the damage which is the consequence of its escape. This rule binds the crown.

◆ ◆ ◆ ◆ ◆

2) He can excuse himself by showing :

a. That the escape was due to the plaintiffs default or ;

b. that the escape was the consequence of the act of God, or (vismajor).

c. That the escape was due to the wrongful act of a stranger over whom the defendant had no control.

3) The rule does not apply :

a. where the persons charged have not himself brought collected or kept the thing of the land which he occupied.

b. Where he has brought or collected and kept it with the consent, express or implied, of the person who is damaged by its escape.

c) If he has statutory authority for bringing collections or keeping it on the land which he occupies unless the contrary intention is to be inferred from the wording of the statute.

4) The rule has no application to the natural user of land and damags caused by the escape of things naturally on the land or legitimately placed there in connection with that natural user is not, in the absence of negligence, actionable.

وجاء فى الضرر الحاصل بسبب الحيوان بكتاب أندرهل أيضا فى المادة ٩٠ ما ترجمته :

« اذا اقتنى شخص حيوانا مفترسا يكون بقاؤه تحت مسئوليته ويكون مسئولا عن أى ضرر نتج عن عدم احكام صيانته .

صاحب الحيوان الاليف ـ اذا ثبت الى علمه بأن حيوانه شرس كالكلب الشرس مثلا ، يكون مسئولا عن أى ضرر يحدثه الحيوان بسبب شراسة طبعه اذا لم يحكم صيانته .

صاحب الحيوان الاليف ـ عدا الكلب والقط ـ يكون مسئولا فى حالة اعتداء الحيوان عن أى ضرر يحدثه •

صاحب الكلب مسئول عن أى ضرر يحدثه الكلب للماشية والدواجن •

ماعدا ما تقدم لا يكون صاحب الحيوان الاليف مسئول عما يحدثه من ضرر الا اذا ثبت اهماله من قبله » •

ونص الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى :

Art. 90—Damage by Animals—Page 196.

1) A ,erson who keeps a wild animal or a domestic animal known by him to be vicious keeps it at his peril, and is liable for all the natural consequences of his not keeping it securely such as attacks on mankind, even though the immediate course of the mischief is the intervening at a third person.

2) A person who keeps a dog is liable from injury it causes to cattle sheep, horses etc. although he does not have any prosperity to attack them.

3) A person who keeps a dog or other domestic animals is not liable for the consequences of its attacking mankind unless he keeps it with knowledge that it has a prosperity to attack mankind

---

وجاء فى واجب منع النار من احداث الضرر ماترجمته (يراجع كتاب اندرهل أيضا) مادة ٩١ :

« اذا أشعل شخص نارا فوق ملكه عمدا فهو ملزم بملاحظة أن لا تحدث النار ضررا للغير ، وهو مسئول اذا انتشرت النار وأحدثت أى ضرر •

اذا اتقدت نار قضاء وقدرا على أرض شخص ، ثم انتشرت دون اهمال من قبله ، لا يكون مسئولا عن أى ضرر •

اذا أوقد شخص نارا على مقربة تنذر بالخطر للملك شخص ثالث ، وكان فعله بدون سلطة قانونية ، فهو مسئول عنها وهو ملزم عن أى اضرار يحدث .

◆ ◆ ◆ ◆ ◆ ◆

أما اذا كانت لديه سلطة قانونية تخوله ذلك فهو مسئول فقط عن الضرر الناتج عن اهماله فى استعمال سلطته » .

ونص الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى

Art. 91.

1) If a person intentionally makes a fire on his land, he must see that it does not harm to others and answer the damage if it does.

2) If a person by his negligence allows a fire to arise on his land he is liable if it spreads to his neighbour's land and does damage.

3) If a fire accidentally arises on a person's land and it spreads without negligence on his part he is not answerable.

3) Where a person brings fire into dangerous proximity to another's land without statutory authority he does damage. If he has statutory authority he is only liable if the damage results from negligence in using his statutory powers.

الباب الأول

الضمان وشروطه وأحكامه

الفصل الأول

الضمان

المبحث الأول :

الضمان فى الشريعة الإسلامية :

للإنسان أن يستعمل حقه الذى أباحته له الشريعة من غير أن يضر أحداً أو تتعلق به أية تبعة أو مسئولية لدى الآخرين . فإذا تصرف فى حدود الشرع وفى حقه المباح[1] ونتج عن ذلك إضرار بالغير، فان الفقهاء فى الشريعة الإسلامية اختلفوا فى ذلك .

إن جمهور الفقهاء يرون بأن لا تبعة ولا مسئولية عليه وبالتالى لا ضمـان .

فلو شكا أحد مديونه إلى الوالى فغرمه السلطان ، لم يضمن الدائن .

وأيضاً لو حفر إنسان فى ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً[2]، لأن حافر البئر فعل ما هو مباح له شرعاً . فجواز الشرع ينافى الضمان ولا يجتمع ضمان وإباحة ، ومعنى هذه القاعدة

---

(١) المنافع شرح المجامع ص ٣١٨ .

(٢) جامع الفصولين جـ ٢ ص ١١٥ .

أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعا ،لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضى رفع المسئولية عنه وإلا لم يكن جائزاً ، بخلاف ما لو تعدى كأن يحفر بئراً فى الطريق العام فانه يضمن لتعديه حقوق العامة ،وكذا لو حمل الدابة أكثر من المعتاد فهلكت .

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة أن يكون الجواز الشرعى جوازاً مطلقاً ، فلو كان جوازاً مقيداً فانه لا ينافى الضمان مثل أن يأكل المضطر طعام الغير ليمنع به الهلاك عن نفسه فانه يضمن بالرغم من أن أكله واجب لا جائز فقط ، لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير ، وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها فى الطريق العام وان كان جائزاً إلا أنه مقيد شرعاً بشرط السلامة فى كل ما يمكن التحرز منه .

وبهذا التخريج يمكننا أن نقلل من مستثنيات هذه القاعدة وكان الصحيح أن نقول « جواز الشرع المطلق ينافى الضمان » .

فقد قال الإمام الشافعى وأبو حنيفة فى ظاهر الرواية وقال الحنابلة والظاهرية أيضاً : من استعمل حقه المباح لا يضمن ولا يمنع من تصرفه ولو سبب فعله ضرراً للغير لأن حقه مطلق وقد أجازه الشرع والجواز ينافى الضمان ما لم يقيد ذلك الحق قيد أو يحده حد من الشارع .

وقد قال الشافعى فى ذلك : « لا يحمل المرء من التصرف فى ماله ما ليس بواجب عليه وان الرجل له أن يفعل فى ماله ما له أن يفعل ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضاً . . . »[1]

(١) تراجع الام جـ ٣ ص ٢٢٢ .

وقال أبو حنيفة وهو أبو القياس : « من تصرف فى ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر جاره به . . »(١)

وقال ابن حزم الظاهرى : « لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف فى مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقاً »(٢) .

هذا ، ويرى بعض الفقهاء أن التبعة والمسئولية تترتب عليه ، إذا سبب استعماله لحقه المباح ضرراً للغير ولو لم يسيء النية ويقصد الإضرار وعليه الضمان وذلك عند الإمام مالك ناظراً فى ذلك إلى المصلحة(٣).

وأيضاً عند أبى يوسف صاحب أبى حنيفة وقد خالف فى ذلك القياس وظاهر الرواية ولعله تأثر فى ذلك بحاجة الحياة الاجتماعية استحسانا .

وقد أخذ برأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفية ، وقد استندوا فى ذلك إلى أنه إذا تصرف أحد فى ملكه وتضرر جاره ضرراً بيناً دائماً لا يمكن التحرز منه كان للجار أن يمنعه(٤) .

---

(١) فتاوى قاضيخان بهامش الهندية جـ ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) المحلى جـ ٨ رقم ١٣٥٥/١٣٥٧ .

(٣) تراجع المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ وجاء فيها « اذا فتح أحد أبوابا وكوى فى بنائه يشرف منها على دار الجار وعياله فانه يمنع من ذلك وقيل هذا موافق لكتاب عمر لابن تهيقه » .

(٤) شرح الزيلعى على الكنز جـ ٤ ص ٩٩٦ .
والفتاوى الخانية بهامش الهندية جـ ٢ ص ٢٥٦ . =

وقال بذلك أيضاً الإمام الغزالى [١] .

ويمكننا أن نستدل على نظريتهم هذه بقوله تعالى « وبالوالدين إحسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب »[٢] وبقوله صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه أو لجاره ما يحب لنفسه » .

ووجه دلالة الآية أن الله أمر بالإحسان إلى الجار القريب والبعيد كما تفيده عبارة نصها والأمر بالشيء نهى عن ضده فأذى الغير محظور والحظر يقتضى الضمان ، فمن أضر بغيره يجب عليه أن يضمن ما نتج عنه مطلقاً ،سواء قصد الاضرار أو لم يقصد عملا بالإطلاق الموجود فى الآية إذ المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يوجد مقيد ولا مقيد .

فاذا كان الإنسان قد يمنع من استعمال حقه إذا سبب استعماله ضررا فاحشاً بالغير فانه يكون من باب أولى منع الإنسان من إلحاق الضرر بالغير من غير وجه حق كأنه يأخذ ماله غصباً أو بغير سبب شرعى ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »[٣] وقال صلى

= وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢٦٦ .

وقد أخذ برأيهم مشايخ الاسلام فى الدولة العثمانية وسارت عليه مجلة الاحكام العدلية مادة ١١٩٧/١١٩٨ .

(١) جاء فى احياء علوم الدين ج ٢ ص ١٨٩ ما يأتى : « ان حسن الجوار لم يكن كف الاذى فحسب بل احتمال الاذى واظهار الرفق واسداء الخير والمعروف حتى قيل فى الامثال « الجار ولو جار » .

(٢) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٩
سورة النساء ج ٤ آية ٣٦ .

(٣) سورة النساء ج ٤ آية ٢٩ .

الله عليه وسلم: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه ». وقيل: « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي »[1] .

ويكون من باب أولى منعه من الاعتداء على نفس الغير أو جسده أو عرضه أو شرفه أو حريته أو ماله أو أي حق من حقوقه المشروعة[2]

قال صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وقال تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطئاً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » .

وعليه فالضمان بوجه عام هو التزام بتعويض مالي عن الضرر الذي يقع على الغير .

وفقهاء الشريعة يسمون الفاعل ضامناً .

والضمان هنا معناه اشغال الذمة بالالتزام بأداء مثل ما أتلف إن كان مثليا وقيمته ان كان قيميا[3] .

وان الأئمة المجتهدين لم يدرسوا المسئولية في نظرية عامة كالتي نراها في بعض القوانين الوضعية الحديثة . وانما بحثوا موضوعها على النحو العملي الذي كانوا يتبعونه في اجتهادهم فيما لم يرد فيه نص ولهـــذا نجد أحكام المسئولية مبعثرة في أبواب من الفقه متعددة مثل باب الجنايات والحدود والإتلاف والغصب والديات وغيرها .

هذا ورجال القانون الوضعي استعملوا تعبير المسئولية وهو تعبير غريب في اللغة العربية، لأنه مصدر صناعي معناه كون الإنسان مسئولا مؤاخذاً .

أما مادة سأل في اللغة العربية تفيد في الاستعمال العام الاستفسار عن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٧ .

(٢) الجامع الصغير جـ ٢ رقم ٥٤٥٥ .

(٣) المجلة العدلية مادة ٤١٦ تراجع .

مجهول وفى هذا جاء قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير[١] » وقوله « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير[٢] » وغير هاتين الآيتين كثير لا يقصد من السؤال فيها غير الإجابة عن المسئول ، كما أنها قد تفيد الدعاء كما هو فى الحديث القدسى :

« فسألونى فأعطيت كل واحد مسألته[٣] » وقد تفيد التهويل والتهديد والتغريم والعقوبة ، وفى هذا المعنى قوله تعالى : « وقفوهم إنهم مسئولون[٤] » وقوله صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته[٥] » .

أما رجال الفقه الإسلامى فقد استعملوا للتعبير عن المؤاخذة لفظ الضمان أو التضمين السابق الذكر ولفظ الغرامة أو التغريم وكتب الفقه مليئة بذلك[٦] .

هذا ، وفقهاء الشريعة يعبرون عن دفع الضرر الذى يصيب الجماعة وعما يحقق مصلحتها بحق الله ، كما يعبرون عن دفع الضرر الذى يصيب الفرد وعما يحقق له مصلحته بحق العبد[٧] .

---

(١) البقرة ج ١ الآية ٢١٦ .

(٢) البقرة ج ١ الآية ٢١٨ .

(٣) رواه البخارى ومسلم .

(٤) الصافات ج ٣٧ آية ٢٣ .

(٥) رواه البخارى .

(٦) المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الاسلامية للشيخ شلتوت ص ٢ .

(٧) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٢٥٤ و ١٢٥٥ جاء فيه « وحق الله تعالى ما تعلق به النفع العام للعالم فلا يختص به أحد ، وينسب الى الله تعالى تعظيما أو لئلا يختص به أحد من الجبابرة . كحرمة البيت الذى تتعلق به مصلحة =

والحقوق التى تستوجب المسئولية على من يخل بها هى :

١ — حقوق الله الخالصة : وهى التى يتعلق بها النفع العام من غير اختصاص بأحد ونسبت إلى الله تعالى لعظم خطرها ولشمول نفعها ولتقديرها ولزوم احترامها .

ومن هذه الحقوق العقوبات الكاملة كالحدود الخالصة مثل حد السرقة والعقوبات القاصرة كمنع القاتل من الميراث .

وتستوفى باسم النفع العام[1] ولا يقبل العفو عنها ،ولا التنازل والصلح فيها ، ولا التهاون فى إقامتها .

٢ — حقوق العباد الخالصة : وهى ما تعلقت بها مصلحة خاصة لأحد الناس كحرمة مال الغير ، وهذه بخلاف حقوق الله الخالصة ، يجرى فيها الإرث وتسقط بالصلح والعفو وتدخل فيها العقوبة الخاصة كالدية والأرش وحكومة العدل . ويصح فيها العفو والصلح على مال معلوم .

٣ — ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد ، وكان حق الله غالبا — كحد القذف عند الحنفية .

ويجرى فى هذا الحق الإرث إلا أنه لا يسقط بالعفو .

= العالم باتخاذه قبلة لصلاتهم ومثابة لاعتذار اجرامهم ، وكحرمة الزنا ، لما يتعلق بها من عموم النفع فى سلامة الانسان ، وصيانة الفراش ، وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة .

(١) فى أيام الدولة العباسية كانت استيفاؤها منوط بمنصب صاحب الشرطة تراجع : مقدمة ابن خلدون ص ٢١٨ .

(٤) ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد أغلب كالقصاص وهذا يجرى فيه الإرث . ويصح فيه العفو والصلح على مال معلوم .

والمسئولية المترتبة على هذه الحقوق يمكن تقسيمها إلى قسمين :

القسم الأول : مسئولية دينية : ليس لها عقوبة شرعية ظاهرة أكثر من استهجان المجتمع وتأنيب الضمير وإنما عقوبتها فى الآخرة أمام الله تعالى.

القسم الثانى : مسئولية قضائية : وهذه لها عقوبات محدودة أو غير محدودة يحددها القاضى بما يراه موافقا للحق والعدل وصلاح المجتمع .

ويدخل فى هذا القسم الأخير الجرم المدنى الذى تهمنا دراسته وهو :

الذى يضمن بسببه المعتدى العوض اللازم للضرر اللاحق بالحق الثابت للمضرور بغير وجه شرعى .

وينقسم الجرم المدنى إلى :

(١) عقدى : ويترتب على الاخلال بشرط لأحد المتعاقدين مصرح به فى صيغة العقد أو مدلول عليه بالعرف أو تقتضيه طبيعته .

وقد جاء فى قواعد الحنفية :

« يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان » .

وقد جاءت القواعد العامة لغيرهم وقالت : « إن العادة المطردة تنزل منزلة الشرط »[١].

(٢) تقصيرى[٢] : ويندرج تحتها الأنواع الآتية :

---

(١) المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ١٧ .

(٢) استعمل الفقهاء لفظ التقصير بمعنى التعدى وعبروا به عن الاخلال =

النوع الأول : مسئولية ناشئة عن الاستيلاء القهرى أو الغصب والغصب عبارة عن « إزالة الإنسان يد المالك عن ملكه ويضع يده عليه بغير حق شرعى » .

وقد اختلفت فقهاء الشريعة فى تفويت يد المالك فقط وإثبات اليد القاهرة فقط ، هل يكفى أحدهما فى تحقق المسئولية عند هلاك المال المغصوب [1] . ، إن أبا حنفيه وأبا يوسف يقرران أن المسئوليه الناشئة عن الاستيلاء القهرى لابد فيها من إزالة يد المالك وإثبات اليد القاهرة ، يرى محمد من أئمة الحنفية أنه يكفى تفويت يد المالك ، ويرى الشافعى أنه يكفى فيها إثبات اليد القاهرة ، وعلى هذا الخلاف قال أبو حنيفه وأبو يوسف : إن هذه المسئولية لاتتحقق فى العقار ، وحكم الشافعى ومحمد بضمانه ، أما زوائد المغصوب فحمد يرى كأستاذيه عدم ضمانها لعدم تفويت يد المالك فيها ويرى الشافعى ضمانها لإثبات اليد القاهرة ، ومن فروع المسألة

= والخطأ وعنوانه عدم الاحتراس والاهمال وعدم القيام بالواجب المطلوب ومن النصوص الفقهية فى ذلك ما جاء فى البدائع ج ٧ ص ٢٨١ « لو سقط سرج دابة فعطب به انسان ، فالدية على السائق أو القائد ، لأن السقوط لا يكون الا بتقصير منه فى شد الحزام ، فكان سببا للقتل متعديا فى التسبيب » .

وجاء فى الجوهرة النيرة على مختصر القدورى فى نفس المسألة ج ٢ ص ١٣٦ طبعة ١٣٢٣ هـ ما نصه « لأن الوقوع لتقصيره بترك الربط والاحكام فيه » .

وجاء فى اللباب فى شرح الكتاب ص ٢٩٠ ما نصه « من قاد قطارا فهو ضامن لما وطىء ، لأن عليه حفظه ، كالسائق ، فيصير متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدى سبب الضمان » .

(١) يراجع البدائع ج ٧ ص ١٤٣
وكتاب المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ١٢

مالو غصب رجل دابة وساقها فتبعها ولدها فتلف الولد بذئب اعتدى عليه فإنه لا يضمن الغاصب إن لم يسق الولد معها ، ويرى الشافعى الضمان .

٢ — المسئولية الناشئة عن مباشرة الإتلاف مالا أو نفساً أو عضوا وغير ذلك . والإتلاف هو إخراج الشيء المتلف عن أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة عادة . والفقهاء اختلفوا فى إتلاف المنافع.[1]

٣ — المسئولية الناشئة عن التسبب فى الإتلاف الإيجابى ، وتكون بإحداث أمر يفضى إلى إتلاف شيء آخر على جرى العادة .

وهذه المسئولية لا ضمان فيها إلا بالتعمد وتحقق السببية غالباً بين الفعل المفضى والإتلاف من غير تدخل سبب آخر .

ومن الأمثلة عليه :

أن يقطع شخص حبل قنديل معلق عليه فيسقط القنديل وينكسر .

ومثل أن يسقى المزارع أرضه ماء فوق المعتاد فيغرق أرض جاره فيتضرر بهذا بضياع بعض المنفعة من أرضه .

فالمالكية والحنفيه[2] يرون أن المنافع لا تضمن وقد عرضوا لهذا الخلاف فى باب الغصب .

قال الحنفيه ومن وافقهم : إن منافع المغصوب لا تضمن لأن المنافع ليست أموالا فى المذهب عندهم لفقدانها شرط التمول والتمول صيانة الشيء

---

(١) كتاب المغنى جـ ٥ ص ٤٣٥ : فان الشافعية والحنابلة يرون أن التعويض كما يكون باتلاف العين أو اتلاف جزء فيها أو اتلاف وصف مقصود يكون باتلاف المنافع التى تحدث باستعمالها وقتا فوقتا .

(٢) يراجع كتاب العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام فى مصالح الانام .

وإحرازه والمنافع لا يمكن إحرازها إذ أنها لا تبقى زمانين بل تكسب آناً بعد آن وبعد الاكتساب تتلاشى وتفنى ولا يبقى لها وجود [١] . فمن غصب دابة واستخدمها أو لم يستخدمها ولكن ضيع منافعها على صاحبها مدة فإنه لا ضمان عليه .

وقال الشافعية ومن وافقهم كالحنابلة : عليه الضمان لأن المنافع أموال لإمكان إحرازها وحيازة مصادرها وهو الرأى الصحيح لأن الأعيان لا تقصد لذاتها وإنما لمنافعها وهكذا العرف والمعاملات بين الناس وإلى هذا الرأى مال القانون الوضعى [٢] .قالوا: والكلام فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ، فأما الغنم والشجر والطير ونحوها مما لا تستحق منافعها بعوض فإنه لا ضمان لمنافعها .

ولعل هذا الاستثناء بالنظر إلى بلاد لم يجر العرف فيها باستحقاق العوض على منافع هذه الأشياء . أما البلاد التى يجرى العرف فيها بهذا النوع من الاستئجار فيظهر أنهم يقولون بالضمان فى منافعها لتحقق العلة التى بنوا عليها الضمان .

ومما تضمن منافعه عندهم الحر يستخدمه الغير بالإكراه أو بحبسه مدة لمثلها أجر .

ويقاس على ذلك ضمان مدة الجرح الذى أحدث فيه ومنع به عن

---

(١) يراجع بحث استاذنا الشيخ البرديسى المقدم للمجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية فى الميراث والوصية سنة ١٩٦٤ ص ٥ .

(٢) المال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والصناعية الخ . يراجع شرح القانون المدنى الجديد لمحمد كامل مرسى ج ١ ص ١٣ .

العمل ، فإنه حبس عن العمل وتفويت للمنفعة المتقدمة[1] .

والذى يظهر لنا من الخلاف المذكور أن رأى الشافعية ومن وافقهم فيه إنصاف وعدالة ، لا سيما وان الأصل عند فقهاء الإسلام تلمس المصالح إن وجدت وهنا المصلحة واضحة فى القول بالضمان فى المنافع[2]

٤ — المسئولية الناشئة عن التسبب السلبى : وتكون بأن يهمل الشخص فى القيام بعمل مطلوب منه فيترتب عليه أضرار بحق ثابت للغير ، وفى هذا القسم تدخل المسئولية عن فعل الغير والحيوان والأشياء. ومن أمثلة ذلك :

« امرأة تصرع أحياناً فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع فى النار وهى فى منزل الزوج ، فإن قصر فى حفظها حتى ألقت نفسها فى النار يضمنه . »[3]

وأيضاً مثل « امرأة تركت ولدها عند امرأة وقالت هو فى حجرك ، فذهبت المرأة الثانية وتركته فوقع فى النار ، فعليها الدية إن كان الصبى ممن لا يحفظ نفسه »[4] .

فسبب الضمان هنا هو التقصير والتوانى فى مراعاة الواجبات وعدم الاهتمام بها، الأمر الذى تنتج عنه المسئولية فمن نقل صبياً صغيراً حراً من

---

(١) يراجع كتاب المسئولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت ص ٩ .

(٢) يراجع فتح القدير باب الغصب فى تضمين المنافع والبدائع .

(٣) يراجع معين الحكام ص ٢٠١

(٤) يراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١١٤

جاء فى معين الحكام ص ٢٠١ ومن مسائل الضمان ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للام فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار تضمن قاله شرف الائمة المكى وقال فى المحيط لاتضمن فى أبن ست سنين ومثله الحكم فى مثالنا .

أهله فافترسه سبع أو حية فقد قال الشافعية وزفر من الحنفية ليس عليه الضمان إلا إذا وضع الطفل فى أرض تكثر فيها الأفاعى والسباع فيكون عليه الضمان لإهماله وسبب عدم الضمان فى الحالة الأولى عندهم لأن الغصب لا يتحقق فى الحر والهلاك لم يكن بسبب النقل وإنما حصل بسبب مباشرة الحيوان واختياره . وقد قال الحنفية على الرأى المختار عندهم بالضمان مطلقاً ، لأن الناقل الغاصب فوت على الصبى الصغير حفظ أهله وقصر هو فى حفظه حتى تسبب فى هلاكه .

ومثل اختلافهم هذا اختلف الأحناف فى المثل السابق فقد قالوا على الرأى المختار بالضمان للتقصير فى الحفظ مالم يبلغ الطفل سنه السادسة ، لأن من بلغ هذه السن يقدر على حفظ نفسه من النار .[1]

وقد جاء عند الحنابلة مثلا كهذا فى رجل سلم ولده للسباح ليعلمه فغرق الولد ، فعلى السباح الضمان لتقصيره وتفريطه فى الانتباه المطلوب[2] .

المبحث الثانى

الضمان فى القانون :

الضمان فى القانون ، ويسمى بالمسئولية ، والمسئولية بوجه عام هى عبارة عن تحمل الشخص لالتزام أو لجزاء قانونى معين نتيجة لفعله أو لتصرفه الذى يرتب عليه القانون آثاراً معينة .

أو هى حالة الشخص الذى ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة عليه .

---

(١) يراجع المبسوط ج ٢٧ ص ٢٣ .
البدائع ج ٧ ص ١٦٦ .
(٢) يراجع الوجيز ج ٢ ص ١٤٩ والمغنى ج ٩ ص ٥٧٧

وهى بهذا المعنى تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : المسئولية الأدبية :

وهى أن يرتكب الشخص أمرا مخالفاً للدين أو الأخلاق .

ومسئولية صاحبها أمام ضميره وأمام الله لا تعدو استهجان المجتمع للمسلك المخالف . وتتحقق المسئولية الأدبية حتى ولولم يوجد ضرر للغير.

القسم الثانى : المسئولية القانونية :

وهى أن يرتكب الإنسان أمرا يستتبع جزاءً قانونيا وينقسم إلى :—

١ — مسئولية جنائية : إذا ارتكب الشخص فعلا أو تصرفا يرتب القانون عليه عقوبة معينة ردعا له وزجرا . ويكون مرتكبها مسئولا قبل الدولة باعتبارها مشخصة للمجتمع فتعاقبه باسم المجتمع ولا يصح للنيابة العامة النزول عن ذلك الحق العام ولاالتسامح فيه.

٢ — مسئولية مدنية : بأن يتحمل الشخص المعين التزاما ينتج عن إخلاله بعقد أوالتزاما بالتعويض نتيجة فعله الضار .

والمضرور وحده فى المسئولية المدنية حق المطالبة، كما له حق النزول عنه .

وهى تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : مسئولية عقدية :

وتقوم على الإخلال بالتزام عقدى يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات .

القسم الثانى : مسئولية تقصيرية :

وتقوم على الإخلال بالتزام عدم الإضرار بالغير .

وتنقسم المسئولية التقصيرية إلى قسمين :

(ا) المسئولية التقصيرية عن العمل الشخصى :

وتقوم على خطأ واجب الإثبات يصدر من المسئول شخصياً ، وعلى المضرور إثبات خطأ المسئول نفسه .

(ب) المسئولية عن عمل الغير والأشياء :

والمسئولية التقصيرية عن عمل الغير والأشياء تقوم على خطأ مفترض سبب ضرراً ناشئاً عن إهمال من هم تحت رعاية المسئول أو عن عدم الدقة والانتباه فى مراقبتهم ، أو عن عدم ملاحظته إياهم .

وهذه المسئولية الأخيرة « المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والأشياء » هى التى تعنينا لأنها موضوع رسالتنا والله الموفق .

التمييز بين أنواع المسئولية :

التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية يتلخص فى الفروق الآتية :

١ — المسئولية الأدبية لا يترتب عليها جزاء قانونى أما المسئولية القانونية فلابد من ترتيب جزاء عليها .

٢ — المسئولية الأدبية أساسها الذى تقوم عليه ذاتى محض ، لأنها مسئولية أمام الله والضمير خلافا للمسئولية القانونية فإن العنصر الموضوعى يدخلها ، لأنها مسئولية أمام شخص آخر من المجتمع .

٣ — المسئولية الأدبية تتحقق حتى ولو لم يوجد ضرر ، أما القانونية فلا تتحقق إلا بوجود ضرر له مظهر خارجى وأحاق بشخص آخر غير المسئول .

٤ — المسئولية الأدبية أوسع نطاقا من المسئولية القانونية ، لأنها تتصل بعلاقة الإنسان بربه ونفسه والآخرين بخلاف القانونية فإنها لا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع .

والتمييز ما بين المسئولية الجنائية والمدنية يتلخص فى الفروق الآتية :

(١) أن الضرر فى المسئولية الجنائية يصيب المجتمع . أما فى المسئولية المدنية فانه يصيب فرداً معينا .

(٢) الجزاء فى المسئولية الجنائية عقوبة للزجر والردع. أما فى المسئولية المدنية فتعويض لجبر الضرر فقط .

(٣) الذى يطالب فى المسئولية الجنائية بالعقوبة النيابة العامة [١]

---

(١) أنظر مصادر الالتزام للاستاذ الدكتور الصدة ص ٤٣١ فما بعدها جاء فيه : « أثر قيام المسئوليتين معا (الجنائية والمدنية) على عمل واحد :

اذا وقع عمل ترتبت عليه المسئوليتان الجنائية والمدنية معا فان الاولى وهى الأقوى لأنها حق المجتمع ، تؤثر على الثانية وذلك من الوجوه الآتية :

١ ـ فمن حيث الاختصاص يمكن أن ترفع الدعوى المدنية وهى دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية كى تفصل فيها مع الدعوى الجنائية فالدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية .

٢ ـ ومن حيث السير فى الدعوى ، تقف الدعوى الجنائية الدعوى المدنية (م ٢٦٥ من قانون الاجراءات الجنائية) وهذه هى القاعدة المعروفة التى تقول ان «الجنائى يقف المدنى» فاذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ولم يتم الفصل فيها قبل رفع الدعوى الجنائية وجب وقف الدعوى المدنية . فيتعين على القاضى المدنى أن يقف السير فى الدعوى المدنية حتى يفصل فى الدعوى الجنائية .

٣ ـ ومن حيث حجية الأمر المقضى ، تقول المادة ٤٠٦ مدنى « لايرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا » فقد جعل الشارع للاحكام الجنائية حجية أمام المدنية .

=

= وقد أوضحت المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية حدود هذه الحجية طبقا للقاعدة التى نصت عليها المادة ٤٠٦ مدنى •

فاذا قضت المحكمة الجنائية بالادانة أى بوقوع الفعل الذى يكون أساس الدعوى وبوصفه بأنه جريمة معينة وبنسبته الى المتهم فأنه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء ، فتعتبر هذه الامور ثابتة ولو كانت الدعوى مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلا فى الدعوى الجنائية •

واذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة وجبت التفرقة بين الحالتين الاولى تكون البراءة فيها قائمة على عدم ثبوت نسبة الواقعة الى المتهم ، وفى هذه الحالة يجوز الحكم الجنائى حجية الأمر المقضى فى شأن هذه النسبة ، فيتعين على القاضى المدنى أن يعتبر هذه النسبة غير قائمة • فاذا كانت الدعوى المنظورة أمامه دعوى تعويض وجب عليه فى هذه الحالة أن يرفض الدعوى • ويستوى فى ذلك أن يكون القاضى الجنائى قد أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة الى المتهم ، أو يكون قد أسسها على عدم كفاية الادلة على هذه الادلة أو الشك فيها •

والحالة الثانية تكون البراءة فيها مبنية على أن الفعل لايعاقب عليه القانون ، وحينئذ تكون المحكمة الجنائية قد فصلت فى الواقعة أساس الدعوى دون أن تفصل فى نسبتها الى المتهم ، فتنتفى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية ، فيجوز للقاضى المدنى فى هذه الحالة أن يقول بثبوت الفعل المنسوب الى المتهم وأن يقضى بالتعويض على أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر ويتحقق ذلك اذا كان الفعل المنسوب للمتهم لا يصدق عليه وصف الجريمة أو كان الحكم بالبراءة راجعا الى انقضاء الدعوى المدنية بموت المتهم أو بالعفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم •

٤ ــ ومن حيث التقادم تقضى المادة ١٧٢ مدنى بأن دعوى التعويض =

باعتبارها ممثلة المجتمع . وأما فى المسئولية المدنية فالذى يطالب بالتعويض هو الفرد المضرور بنفسه ، وله الحق فى الصلح أو التنازل بخلاف النيابة العامة فليس لها شيء من ذلك لأن الحق للمجتمع وليس لها .

(٤) العقوبات فى المسئولية الجنائية والجرائم محصورة ومحدودة وتنطوى العقوبة فيها على الإيلام بخلاف التعويض فى المسئولية المدنية فانه ليس فى حاجة إلى تحديده ولا الأعمال غير المشروعة فى حاجة إلى نصوص تحصرها .

(٥) النية فى المسئولية الجنائية ركن فى الخطأ ويشترط أن يكون لها مظهر خارجى يصل إلى حد معين من الجسامة . أما المسئولية المدنية فلا يشترط فيها النية ، لأن أكثر الخطأ فيها عن إهمال لاعن عمد .

التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

التمييز بينهما يتلخص فى الفروق[١] الآتية : —

(١) تقوم المسئولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدى يختلف باختلاف ماأشتمل عليه العقد من التزامات بخلاف المسئولية التقصيرية فانها تقوم على إخلال بالتزام قانونى واحد هو عدم الاضرار بالآخرين .

= المدنية لاتسقط بالتقادم الا بسقوط الدعوى الجنائية . فاذا كانت الدعوى الجنائية لم تتقادم بعد فان هذا يحول دون تقادم الدعوى المدنية حتى لو كانت مدة تقادم هذه الدعوى الاخيرة قد انقضت . والعكس غير صحيح فعدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية » .

(١) تراجع نظرية الالتزام لحشمت ص ٣٧٠ الى ٣٩٠ .
يراجع الوسيط ج ١ للدكتور السنهورى ص ٧٧٥ فما بعدها .
تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٥٢ فما بعدها .

فهو قاعدة كلية أساسية تعنى عبارة « لا ضرر » منع كل اعتداء ضار بالغير بدون وجه حق .

(٢) الدائن والمدين فى المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد سابق لتحقيق المسئولية .

بخلاف المسئولية المدنية فالدائن والمدين أجنبيان أحدهما عن الآخر قبل تحقق الضرر .

(٣) الدائن والمدين فى المسئولية العقدية أنشآ الالتزام بإرادتهما وحددا مداه ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ولم يدخلا فى حسابهما الضرر غير المتوقع بخلاف المسئولية التقصيرية فإن الالتزام بين الدائن والمدين أنشأه القانون وحدد مداه ولم تتدخل إرادة الطرفين فى شيء من ذلك ولذلك وجب التعويض ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه .

* * *

الفصل الثانى

شروط الضمان

المبحث الأول

شروط الضمان فى فقه التشريع الإسلامى

درس فقهاء الشريعة الإسلامية التصرفات غير المشروعة الضارة (التى تستوجب التعويض اللازم جزاء فعلها) كل تصرف منها على حدة وبينوا أحكامه من غير أن يضعوا نظرية عامة تجمعها كلها فى قاعدة واحدة تندرج تحتها أحكام فرعية توضحها، إلا أنهم مع ذلك قد توصلوا بالتدريج إلى وضع قواعد عامة تصلح فى مجموعها لأن تكون أساسا لمبدأ عام يشملها جميعاً.

وفى الجنايات الجثمانيه التى لم يحدد لها الشرع قصاصا ولا دية ولا أرشا، نجد الفقهاء قد توسعوا فى حكومة العدل وجعلوا منها مبدأ عاما يقضى بأن كل اعتداء ضار يصيب المرء فى جسمه يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضى كما وضعوا مبدأ عاما فى باب الإتلاف فى الأموال يقضى بأن كل عمل ضار أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدى، وهـــذا المبدأ الذى نجده فى باب الإتلاف بصورة خاصة قد تبسط الفقهاء فيه وأدخلوا تحته أمثلة خارجة عن الضرر المالى حتى سمى كل ضرر إتلافا سواء وقع على النفس أو المال.

وقد كان نتيجة كل ذلك تأسيس نظرية وسيعة فى الضمان وأسبابه وشروطه، نظرية مبنية على قواعد كلية تشمل معظم الجرائم إن لم نقل جميعها، وهذا التعميم يؤيده الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار».

وعبارة « ولا ضرار » تقوى ذلك وتؤيده وتزيد معانيه .

ولما لم يكن كل ضرر موجب للضمان نرى أنه يجب ليكون الفعل الضار موجبا للضمان أن يكون مستوفيا للشروط الآتية : —

الشرط الأول : التعدى

الشرط الثانى : الضرر

الشرط الثالث : العلاقة بينهما

الشرط الأول : التعدى

التعدى عند المالكية يكون (فى الأموال والنفوس والأبدان وما إلى ذلك) بمجاوزة الحق إلى حقوق الآخرين ويطلق التعدى عندهم ويراد منه الجناية وغصب المنفعة والجرم بوجه عام .

قال ابن عرفة التعدى هو « التصرف فى شىء بغير إذن ربه وبدون قصد تملكه » (١) .

وقال ابن عاصم فى أرجوزته تحفة الحكام : « المتعدى غاصب المنافع » هذا ، وليس المقصود من التعدى هنا المعنى الشائع وهو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق ولا التعمد وعدم التحرز كما يلاحظ فى بعض كتب الفقه .

وإنما المقصود من التعدى « العمل الضار بدون حق أو جواز

(١) تراجع البهجة شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٣٤٤ و ٣٥١ .
والمنهاج والاكليل للمواق بهامش الحطاب ج ٥ ص ٢٧٤ .
والقوانين لابن جزى ص ٣٣١ ، جاء فيه ما نصه :
« التعدى أعم من الغصب لأن التعدى يكون فى الاموال والفروج والنفوس والأبدان ، فأما التعدى فى النفوس والأبدان فنذكره فى باب الدماء والقصاص ونذكر هنا فصلين فى الاموال والفروج . « الفصل الاول » فى التعدى فى الاموال وهو على .. أنواع « الأول » أخذ الرقبه وهو الغصب الذى تقدمت

شرعى [١] ، وقد استعملت مجلة الأحكام العدلية عبارة تعمد بدلا من تعدى استعمالا غير صحيح ولعل سبب ذلك هو عدم التمييز بين لفظ تعدى وتعمد خلافا لمجمع الضمانات فان استعماله فى هذا الصدد استعمال صحيح ،

فالضرر الذى يوجب التعويض يجب أن يحصل تعديا أى بغير حق شرعى . أما الضرر الناتج عن عمل مباح ، أو عن استعمال حق لا يوجب التعويض ، ومن قواعدهم فى ذلك قولهم :

« الجواز الشرعى ينافى الضمان » على الخلاف الذى مضى ولكن هل يكفى التعدى وحده لإيجاب المسئولية أم يجب أن يكون أيضا الفاعل قصد حصول الضرر بالغير — « والقصد: هو توجيه الإرادة نحو فعل ما » — أو قصر — « والتقصير : هو إهمال أمر يجب إجراؤه والانتباه إليه » — أولم يقم بالتحرز اللازم — « وعدم التحرز : هو توجيه الإرادة نحو فعل شىء من غير حسبان لنتائجه » .

يظهر أن الأمر يختلف فى الشريعة عما هو فى القانون الوضعى فانه

أحكامه فى الباب قبل هذا « الثانى » أخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغضب ويجب فيه الكراء مطلقا «الثالث» الاستهلاك باتلاف الشىء كقتل الحيوان أو تحريق الثوب كله أو تخريقه ، وقطع الشجر وكسر الفخار واتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك ويجرى مجراه التسبب فى التلف كمن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق أو فتح قفص طائر فطار أو حل دابة فهربت أو حل عبدا موثقا فأبق أو أوقد نارا فى يوم ريح فحرقت شيئا ، أو حفر بئرا بحيث يكون تعديا فسقط فيه انسان أو بهيمة أو قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق ، فمن فعل شيئا من ذلك فهو ضامن له استهلكه أو أتلفه أو تسبب فى اتلافه ، سواء فعل ذلك عمدا أو خطأ .. »

(١) يراجع الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١٣ .
= والمجلة مادة ٩٢/٩٣ .
ومجمع الضمانات ص ١٤٦ .

ذهب إلى رأى وسط بين النظريتين فى القوانين الحديثة وهما : —

النظرية الأولى ، التى توجب وجود الخطر «نظرية الخطأ» ، ولا ترى مسئولية إلا إذا وجد الإدراك أو القصد أو التقصير أو قلة الاحتراز .

والنظرية الثانية : نظرية المخاطرة، التى توجب المسئولية على كل شخص أضر بغيره بدون وجه حق سواء أكان مخطئاً أو لم يكن . وهذه النظرية ليست السائدة .

أما نظرية الشريعة الإسلامية التى تعتبر وسطاً بين النظريتين المذكورتين فهى تستلزم وجود شرط التعمد أى الخطأ فى الأضرار التى تقع تسببا وذلك لأن التسبب وسيلة إلى الفعل الضار ، ولذا كان محتاجا لما يقويه ويوصله بالفعل الناتج منه بوضوح ومن هنا كان لابد للضمان بالتسبب من القصد أو التقصير أو قلة التحرز .

كما تأخذ الشريعة الإسلامية بالمخاطرة فى الأضرار مباشرة وذلك لأن الفعل المباشر متصل بالفعل الناتج عنه بدون فاصل أو شبهة فاصل ولذا كان كافيا وحده للضمان .

ومن هنا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا لفظة خطأ بالمعنى المعروف لدى رجال القانون الحديث وانما استعملوا فى محلها لفظة تعمد وهى تعطى نفس المعنى للخطأ التى ذهب إليها القانون .

أما لفظة خطأ فى الشريعة الإسلامية فقد جاء فى المغنى لابن قدامة والشرح الكبير للدرديرى فى باب مسئلة « فى القتل الخطأ ومعناه وحكمه » مايوضحه قال الدرديرى : « إن الخطأ أن يفعل فعلا لايريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمى صيدا أو هدفا فيصيب إنسانا فيقتله » .[1]

قال ابن المنذر : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه، هذا قول عمر

(١) يراجع الشرح الكبير للدرديرى ج ٩ ص ٣٣٨

ابن عبد العزيز وقتادة والنخعى والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى .

وهذا الضرب من الخطأ تجب فيه الدية على الفاعل والكفارة فى مال القاتل بغير خلاف نعلمه .

قال النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

والذى يمكن أن نلاحظه من النص المذكور ان كلمة خطأ فى التشريع الإسلامى فى باب القتل خطأ تعنى عدم القصد .

أنواع التعدى :

المباشر ضامن [1] على الإطلاق وان لم يتعمد ، وإن كان غير مميز ويفقد إدراك ما يفعل .

أما المتسبب لا يضمن إلا بالتعدى والتعمد سواء بالقصد أو التقصير أو قلة التحرز وعلى ذلك فأقسام التعدى فى حالة التسبب هى :

(١) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٤٦ ما يأتى : « المباشر ضامن وان لم يتعد والمتسبب لايضمن الا اذا كان متعديا » وأتى بأمثاله كلها تفيد اشتراط الحظر فى اتلاف المتسبب والفعل لا يكون محظورا الا مع القصد ولان الفعل الصادر لا عن نية وارادة لا اثم فيه .

وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ٩٩ « المباشر ضامن وان لم يتعمد والمتسبب لايضمن الا اذا كان متعمدا » وفى جامع الفصولين من الجزء الثانى فروع عديدة تدل على تضمين المتسبب اذا لم يوجد مباشر متى كان المتسبب جانيا والفعل الذى باشره المتسبب كان جناية لا حق له فيه » .

هذا ، وأصل التعدى مجاوزة القصد والاعتدال وان لم يكن عن قصد فى اللغة وان من قال من الفقهاء ان التعدى فى الفعل المباشر وعدمه سواء يعنى أن الفعل فى حالة المباشرة لايشترط أن يكون محظورا بخلاف التسبب . وفقط تأثر فى العبارة بقوله تعالى « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » أى عن قصد .

(١) التعدى فى حالة التسبب قصداً وذلك بأن يوجه المعتدى إرادته إلى الفعل الضار ويتولى نتائجه [١].

وهذا القسم أقوى أحوال التسبب وليس فيه خلاف نعرفه ومن نوع خطأ العمد عند علماء القانون الوضعى.

ومن أمثلته فى مجلة الأحكام العدلية [٢] «لو جفلت دابة أحد من آخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان».

أما إذا أجفلها قصداً فيضمن.

وكذا لو جفلت من صوت البندقية التى رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها فلا يلزم الضمان.

أما إذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد إجفالها فيضمن.

وجاء فى مجمع [٣] الأنهر ما يأتى: «لو تجاذب اثنان حبلاً وقطعه إنسان

---

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ص ٥٥٧ جاء فيه « وضمان الصبى اذا مات من ضربة أبيه أو وصيه تأديبا أى للتأديب عليهما أى على الأب والوصى لأن التأديب يحصل بالزجر والتعريك وقالا لا يضمن لو معتادا اما غير المعتاد ففيه الضمان اتفاقا .. »

يراجع أيضا الاشباه والنظار لابن نجيم فى كتاب الجنايات ص ١٦٠ « ضرب الاب ابنه أو الامام أو الوصى أوالمعلم باذن الاب تعليما فمات لاضمان فضرب التأديب مفيد لكونه مباحا وضرب التعليم لا لكونه واجبا ومحله فى الضرب المعتاد أما غيره فموجب للضمان فى الكل ».

(٢) تراجع مجلة الاحكام العدلية مادة/٩٢٣

(٣) يراجع مجمع الانهر جـ٢ ص ٦٦١

ويراجع مجمع الضمانات ص ١٦٨

بقصد إيقاعهما فوقعا وماتا ، فالقاطع مسؤول لأن عمله من نوع التسبب قصداً ولكنه لا يكون مسؤولا إن فعل ذلك بدافع المصلحة بينهما .

(٢) خطأ التقصير أى الإهمال لأمر كان يجب إجراؤه والانتباه إليه . ومن أمثلة ذلك :

ما لو نقل أحد صبياً صغيراً حراً من أهله فافترسه سبع أو حية ، يضمن ، وذلك على الرأى المختار عند الحنفية خلافاً للشافعى وزفر من الحنفية .

والضمان فى هذه الحالة استحسان ، لأنه لم يفوت على الصبى حفظ أهله فقط ، بل أهمل فى حفظه هو إهمالا سبب ضياعه .

ويرى الحنفية أن الأم لو خرجت وتركت ولدها المحضون البالغ الثالثةمنعمره فوقع الطفل فى النار تكون ضامنة ، لأنها قصرت فى حفظه ولأن الطفل يعجز عن حفظ نفسه من النار .

إلا أنها لا تضمن إذا كان الولد فىالسنة السادسة،لأنه يقدر عادة على حفظ نفسه من النار .[1]

(٣) التسبب عند قلة التحرز :

---

(١) تراجع : البدائع جـ ٧ ص ١٦٦ – ١٦٧ .
ومجمع الانهر جـ ٢ ص ٦٧٦ .
والمبسوط جـ ٢٦ ص ١٨٦ .

جاء فى كتاب المغنى ص ٨٣١ جـ ٧ « وان سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقله السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط فى حفظه وقال القاضى قياس المذهب أن يضمنه لانه فعل ماجرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ما تلف به ... »

ويكون عندما يوجه المتسبب فى الضرر إرادته باختياره نحو فعل ضار بالغير من غير حسبان لنتائجه ، أو أن يعمل من غير تبصر واهتمام للسلوك الشرعى العادى للأشخاص .

ومن الأمثلة على ذلك :

« ليس لأحد الجلوس فى الطريق العام ووضع شىء فيه وإحداثه بلا إذن أولى الأمر » .

وإذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذى تولد من ذلك الفعل .

بناء عليه لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن .

كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن »[1] .

« رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار فى حصائده فذهبت النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم ذلك كان قاصداً إحراق زرع الغير » .

« رجل أوقد فى تنوره نارا فألقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق يضمن صاحب التنور كما لو أرسل فى أرضه ماء لا يحتمله أرضه فتعدى إلى أرض غيره فأفسد ما فيها من الزرع كان ضامناً »[2] .

وإن حفر إنسان فى ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢٧

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية جـ ٣ ص ٢٨٣ و ٢٨٤

فأشبه مالو قدم إليه سيف فقتل به نفسه ، وإن كان الداخل أعمى أو كانت البئر فى ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه الضمان (١) .

وبهذا قال شريح والشعبى والنخعى وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى وقال فى الآخر لا يضمنه ، لأنه هلك بفعل نفسه .

فالضمان عندالاحناف لأن التلف حصل بسببه كما لو قدم طعاما مسموما فأ كله وبهذا ينتقض ماذكره غير الحنابلة وأن الأمثلة على ذلك ؛ ما لو بنى شخص حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شىء وسقط على

---

(١) يراجع المغنى جـ ٧ ص ٨٢٧ فما بعدها طبعة ١٣٦٧ الثالثة .

ويراجع الوجيز جـ ٢ ص ١٤٩

وجاء فى بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٢/٢٧٣ مانصه « ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيها شىء فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفرها بحيث أن يكون حفرها تعديا ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجىء على أصل أبى حنيفة أنه لا يضمن ... » .

ويراجع كتاب المبسوط جـ ٢٧ ص ١٤

ويراجع كتاب الهداية جـ ٤ ص ١٣٢ جاء فيها ما ملحظة :

ان أبا يوسف يرى ضمان الألم ـ وهو حكومة عدل ـ والتعويض عن الألم تعويض عن ضرر أدبى ناتج من ضرر مادى .

وفى الألم النفسى كالقذف والشتم والسب ونحوها العوض يكون برد الاساءة بمثلها لقوله تعالى « من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وقوله « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

وعليه فالفقه الاسلامى يفرق بين الضرر المادى الذى يصيب الجسم كالآلام الناتجة عن الجراح ونحوها وبين الضرر النفسى الذى يصيب النفس أو الشعور وهذه تعويضها بالتعزير والأولى تعويضها عند أبى يوسف بالمال .

شيء فأتلفه فانه يضمن لأنه متعد بتقصيره وقلة تحرزه ، ولأنه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه فأشبه مالو نصب منجلا يصيد به قال صاحب المغنى ابن قدامة هذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفا ، وهو الرأى الذى يميل إليه ، لأن من يعمل من غير تبصر للعواقب ومن غير أن يهتم الاهتمام اللازم لسلامة نفوس الناس وحفظ أموالهم يكون فى حكم من يقصد إلحاق الضرر بالآخرين فانه يضمن .

الشرط الثانى : الضرر

لا يجب الضمان إلا إذا وجد الضرر فعلا ، لأنه إذا لم يكن هنالك ضرر فلا تجوز المطالبة بالتعويض على الإطلاق ، فالضرر ولو كان يسيراً يكفى للضمان .

والضرر : هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفسا أو عضواً ومالا متقوما محترما .

والضرر نوعان :

النوع الأول : ضرر مادى يتحقق فى الأنفس والأموال بالإتلاف :

والاتلاف هو إخراج الشيء من أن يكون محـــلا للانتفاع المطلوب عادة .

ومثال ذلك أن يقتل شخص حيوانا للغير ، أو يكسر فخارآلهم . أو يحرق ثوباً . . . الخ . .

النوع الثانى : ضرر أدبى ، ويظهر فيما لو شتم أحد آخر فآلمه فى نفسه ، أو لو لطمه فى وجهه ، أو جرحه ولم يترك ذلك أثراً ولم يفوت منفعة .

فقد قال جمهور الفقهاء فى الشريعه الإسلاميه ليس فى كل هذا ضمان. خلافا لما قاله أحد أصحاب أبى حنيفه من لزوم التعويض فى حالة الألم، وإن لم يكن هنالك تفويت للمنفعه العادية ، وذلك التعويض يقدره القاضى بقدر ما لحق المضرور من الألم[١].

هذا ، والضرر الأدبى فى الشريعه لا يترك بلا عقاب بل فيه التعزير حسبما يرى القاضى، ولايخفى مافى هذه العقوبة من التعويض الأدبى الذى يكفى لما يماثل الضرر الذى لحق المعتدى عليه ،كما لو قال شخص لآخر « يا كلب » وكان مثله يتأذى بذلك فان القاضى يعاقبه عقوبة خاصه توقع عليه بناء على طلب المشتوم وإن كان للأخير أن يسامح أوأن يتصالح معه[٢].

الشرط الثالث : العلاقة بين الضرر والتعدى :

يشترط لوجوب الضمان أن يكون الضرر ناتجاً من التعدى ولا بد من الارتباط بين الفعل الضار والضرر تماماً كارتباط النتيجة بالسبب .

وتقسم الشريعة الأضرار الناتجة عن التعدى مطلقاً إلى الأقسام الآتية:

القسم الأول : أضرار مباشرة كالقطع والقتل بآلة متصلة بمحل التلف.

---

(١) تراجع القوانين لابن جزى ص ٣٣٢/٣٣٣
يراجع مجمع الضمانات ص ١٥٤
يراجع المغنى جـ ٥ ص ٤٤٢ و ٤٤٣
يراجع المحلى جـ ٨ رقم ١٢٦٧ و ١٢٦٨
يراجع المغنى أيضا جـ ٩ ص ٦٦٥
يراجع المبسوط جـ ٢٦ ص ٨١
(٢) البحر جـ ٨ ص ٢٤٠

دون أن يفصل بينهما فعل آخر أو علة أخرى ، كأن يقطع أحد شجرة الغير، أو يذبح حيوانه، أو يقطع أطرافه ، أو يحرق ثوبه ، أو يهدم بناءه إلى غير ذلك .

القسم الثانى : أضرار غير مباشرة ولكن أسباب التعدى فيها ظاهرة مثل أن يقطع أحد حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره فيكون قد كسر القنديل تسبباً وكذلك إذا شق ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك يكون قد أتلف السمن تسبباً .

القسم الثالث : أضرار غير مباشرة ولكن أسباب التعدى غير ظاهرة، كأن يصبح أحد على امرأة أو يدخل دارها غفلة فيحصل لها رعب وتسقط جنينها بسبب ذلك ، فلا ضمان لأن الإسقاط لم يكن عن الصياح ولا من الدخول غفلة ، وإنما من الخوف ،وليس فى الخوف صلة تسبب واضحة بين الفعل وبين والضرر الحاصل .

القسم الرابع : أضرار لا علاقة لها بالتعدى لا مباشرة ولا تسبباً كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة الأولى فلا تغلق الثانية .[1]

فالنوع الثالث والرابع من هذه الأقسام لا مسئولية تقصيرية فيه عند فقهاء الشريعة، ولكن المسئولية تترتب على كل فعل مباشر حصل بتعمد أو بغير تعمد وسبب ضرراً للغير وهذا هو القسم الأول وأما القسم الثانى فتجب فيه المسئولية إذا كان السبب من شأنه أن يفضى غالباً للإتلاف ، والضرر منه منتظر بحسب العادة وتعمد فاعله الضرر ولعدم التعمد فى النوع الثالث انتفى الضمان، ومن قواعدهم قولهم :

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد . »

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٢٨٨

المبحث الثانى

أركان المسئولية بايجاز فى القانون [1]

القاعدة عند رجال التشريع المدنى هى «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» .

وبناء على ذلك تكون أركان المسئولية المدنية ثلاثة وهى : ــ الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما .

ويكون الأصل عندهم على قاعدة « البينة على من ادعى » أن يقيم المضرور مدعى التعويض الدليل على توافر هذه الأركان الثلاثة حتى يستحق التعويض .

الركن الأول الخطأ :

إن الخطأ (هو إخلال بواجب قانونى سابق مقترن بإدراك المخل إياه) .

وهو شرط ضرورى لأنه الأساس الذى تقوم عليه المسئولية المدنية يفتقر الشخص لكيلا يخطىء فيخل بالواجب القانونى أن يصطنع فى سلوكه الكثير من اليقظة والتبصر .

الوجبات نوعان : ــ

(١) واجب خاص يحدده القانون كلوائح مرور السيارات .

(٢) واجب احترام حقوق الغير المقابلة للحقوق الشخصية وهو واجب عام يحدده سلوك الرجل العادى فى الظروف المماثلة .

---

١ ــ رجال القانون لايفرقون كثيرا بين الشرط والركن لأن كل مايتوقف عليه قيام الماهية عندهم يسمى ركنا ، سواء أكان جزءا من الماهية أم خارجا عنها .

وللخطأ ركنان بالنظر إلى التعريف المتقدم وهما : —

ركن مادي : ويكون بتعدى الشخص وتجاوزة فى تصرفه الحدود الواجب عليه التزامها حيال الآخرين ، بأن يتعمد الإضرار بهم أو يقتصر فى مراعاة حقوقهم أو يهمل فيها .

وركن معنوى : ويكون بالإدراك والتمييز ، وعليه فلا مسئولية لغير المميز كالصبى الذى عمره دون السبع سنوات والمجنون والمعتوه عتهاً تاماً ... الخ لأنهم لا يدركون أعمالهم .

إلا أن بعض النظريات الحديثة أقامت المسئولية التقصيرية على تحمل التبعة وقالت بأن عديم التمييز لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ عن عمد إلا أنه يستطيع إحداث الضرر ، والمسئولية أساساً تقوم عندهم على الضرر .

وهذه النظرية التى تعتبر حديثة فى نظر القانون سبق إليها التشريع الإسلامى بقرون ، حيث جاء الفقه الإسلامى فى هذه الناحية فى صف أرقى النظريات القانونية فى المسئولية المدنية إذ أنه لم يقصر المسئولية على فكرة الخطأ فقط بل تجاوزها إلى نطاق ما يسمى فى الفقه الحديث بنظرية تحمل التبعة وبناء على هذه النظرية يسأل الشخص مدنياً عن نتائج تصرفاته الضارة بالغير فى الشريعة الإسلامية فى أحوال كثيرة ولو لم ينسب إليه خطأ .

هذا ، ومقياس التعدى للحدود الواجب التزامها لا يمكن حصره فى واجبات بعينها ولكن من الممكن وضع معيار موضوعى أو مادى مثل أن تنظر إلى شخص المعتدى فإن كان شديد اليقظة والتبصر اعتبر أقل انحراف منه خطأ وإلا قدرنا انحرافه على ضوء المألوف بين جمهور الناس مالم يكن

دون المستوى العادى فى اليقظة والتبصر فلا اعتبار لتعديه .

وهذا المعيار الذى لا يصلح ضابطاً قانونياً لصعوبة الوصول إليه ولاختلاف المعايير من شخص لآخر ، لأنه ينقص من حق المضرور فى التعويض فى بعض الأحايين ، ولهذا آثر جمهور الفقهاء والقضاة المعيار الموضوعى ، لأنه ينظر إلى المعتدى من ناحية سلوك الشخص العادى الوسط فى اليقظة والتبصر بغض النظر عن كون المعتدى قليل الذكاء أو بليد الطبع ، أو عصبى المزاج ، أو ضعيف البصر ، أو محطم الأعصاب ، أو مريضاً أو كبير السن ، لأن ذلك كله من قبيل الظروف الداخلية التى يختص بها الشخص فى ذاته .

فعلى القاضى أن يعتد بسلوك الرجل العادى مراعياً الزمان كالليل ، والمكان كالمزدحم أو الضيق ، والظروف الاجتماعية كنوع عمل الشخص مثل الطبيب ، وطبقته كالريفى فى المدينة مثلا ، وجنسه كالمرأة والصبى .

وأساس المسئوليه فى تلك الأحوال هو العدالة الاجتماعية وحدها دون نظر للخطأ وحده .

ولاشك أن عديم التمييز إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى ظهر انحرافه وبدا شذوذه حتى إذا صدر منه عمل أضر بالغير كان عمله ذلك تعدياً يستوجب المساءلة .

وأعتقد أن انعدام التمييز بالنسبة للصبى أو المجنون مثلا ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يعطى كل هذا الاعتبار حتى بالنظر إلى حقوق الآخرين .

وقد أخذت بهذا الرأى بعض القوانين الغربية الحديثة فى حدود تتفاوت سعة وضيقاً . ومن ذلك[1] .

---

١ — يراجع كتاب الاستاذ الصدة مصادر الالتزام ص ٤٥٤ فما بعدها .
(١) يراجع كتاب المسئولية المدنية جـ١ ص ٧٥ للدكتور سليمان مرقس .

التقنين المدنى الألمانى فى المادة ٨٢٩ .

وتقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٤

وتقنين الالترامات اليولونى فى المادة ١٤٣ .

هذا وقد أخذت أغلب قوانين البلاد العربيه برأى وسط تقريباً فقالت بضرورة التمييز لقيام المسئولية عن الفعل الضار ، إلا أنهم قرروا على عديم التمييز مسئوليه استثنائية احتياطية جوازية ومخففة لا يلجأ إليها القاضى إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز ، أووجد وانتفت مسئوليته ، أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره .

والأمر فى ذلك متروك للقضاء يحكم بالتعويض على عديم التمييز إذا رأى أن حالته المالية تسمح بإلزامه بذلك .

المطلب الأول :

أنواع الخطأ :

الخطأ فى المسئولية التقصيرية نوعان :

النوع الأول :

خطأ العمد : ويكون بالإخلال بواجب قانونى مقترن بقصد الإضرار بالغير .

النوع الثانى :

خطأ الإهمال : ويكون بالإخلال بواجب قانونى سابق مقترن بإدراك المخل بأن هذا الإخلال من غير قصد الإضرار بالغير وإنما حصل بحسن نية .

هذا ، وينقسم خطأ الإهمال إلى قسمين :

القسم الأول :

الخطأ الجسيم : ويكون بحصول الخطأ الذى لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية .

القسم الثانى :

الخطأ اليسير : ويكون بالخطأ الذى يقع من الشخص قليل الذكاء والعناية .

المطلب الثانى :

أحوال إنعدام الخطأ :

ينعدم الخطأ إذا صدر الفعل الضار من :

(١) عديم التمييز لو كان فعله صادراً خلافاً لواجب يقضى به القانون .

(٢) المميز إذا كان فعله الصادر منه لا إخلال فيه بواجب قانونى .

---

(١) يراجع كتاب أندرهل فى المسئولية المدنية (قانون انجليزى) ص ١٦٧ مادة ٧٨ فانه جاء بتعريف للاهمال :

نصه باللغة الانجليزية :

Ar.t 78.

1) Negligence consists in the omission to do something which a prudent and reasonable man would do, or the doing something which a prudent and reasonable man would not do.

2) Negligence is actionable whenever, as between the plaintiff and the defendant, there is a duty cast upon the latter not to be negligent and a breach of his

duty which causes damage to the plaintiff..

a. So a Person who drives a horse or a motor car is negligent if he does something which a prudent person having reasonable skill as a driver would not do ;

b. Negligence is judged by the standard of prudence of an ordinary reasonable man and if a person on its some precaution which a person of ordinary intelligence and prudence would take he is negligent although he may himself honestly think it unnecesary to take such precaution.

وترجمة هذا النص كالآتى :

(١) الاهمال يتوقف على اغفال أمر لا تغفل عنه عناية الرجل اليقظ المتعقل ، أو على فعل أمر لا يأتيه الرجل اليقظ المتعقل .

(٢) الاهمال بين المتداعيين يحتم على المدعى عليه أن يكون مهملا ويكون مسئولا اذا أخل بذلك الواجب حتى نجم عنه ضرر بالمدعى .

مثال ذلك :

أ ـ السائق الذى يسوق حصانا أو سيارة يعتبر مهملا اذا فعل شيئا لايفعله الرجل السائق صاحب الخبرة واليقظة والتعقل .

ب ـ معيار الاهمال هو الرجل العادى اليقظ المتعقل (ليس هو شخص الفاعل » فالشخص الذى يغفل الاحتياط الذى يفعله الشخص العادى التيقظ مهمل ، حتى ولو ظن باخلاص أنه لا داعى لذلك الحذر » .

وجاء فى كتاب المسئولية المدنية للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ٨٢ ما يأتى :

« خطأ الاهمال هو الاخلال بواجب قانونى سابق مقترن بادراك المخل هذا الاخلال ودون قصد الاضرار بالغير .

فهو أيضا يتكون من عنصرين أحدهما نفسى وهو التمييز أو الادراك والثانى وادى وهو الاخلال بواجب .=

المطلب الثالث :

أحوال انعدام الخطأ

إن أهم حالات انعدام[1] الخطأ هى :

= والأول كان يقتضى بطبيعته أن يكون تقديره تقديرا شخصيا ولكن المشرع المصرى وضع قاعدة جرى فيها مع الغالب من الأحوال وافترض بها توافر التمييز فى كل شخص من وقت بلوغه سن السابعة (المادة ٤٥ فقرة ثانية مدنى مصرى) فاغنانا بذلك مبدئيا عن التقدير الشخصى بالنسبة الى صغار السن ـ غير أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ويجوز لذى الشأن أن يثبت انعدام التمييز لدى المدعى عليه بالمسئولية ويكون تقدير ذلك حينئذ تقديرا شخصيا واقعيا ، فاذا ثبت ذلك ترتب عليه انتفاء الخطأ وانعدام المسئولية فى الأحوال الاستثنائية التى نص القانون فيها على مساءلة عديم التمييز مساءلة احتياطية •

أما العنصر الثانى للخطأ الاهمال وهو الاخلال بواجب قانونى فانه يقتضى تعيين مدى الواجب القانونى الذى كان يقع على عاتق الفاعل فى الظروف التى ارتكب فيها الفعل الضار ، وقد تقدم أن مدى الواجبات يتعين اذا لم يكن معينا بنص القانون بالالتجاء الى المعيار الموضوعى ، أى بالنظر الى مسلك الرجل العادى مثل الظروف الظاهرة التى وقع فيها الفعل الضار • ومتى تعينت واجباته سواء أكان تعيينها بنص القانون أم وفقا لهذا المعيار كان من السهل وصف مسلكه بالخطأ أو بعدمه بحسب ما اذا كان فى هذا المسلك اخلال بواجباته أو لم يكن •

(١) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للدكتور السنهورى فقرة ٣٢٠ فما بعدها =

(ا) انعدام(١) التمييز بسبب السن أو الجنون أو العوارض الأخرى .
وينعدم تصور الخطأ بانعدام الادراك نظراً لأن الأدراك هو عنصر ضروري لقيام الخطأ الذى هو ركن أساسى فى المسئولية، فان الصبى غير المميز والمجنون الذى قام الدليل على فقدانه التميز وعدم الافاقة والمعتوه الذى يثبت فقدانه التميز ومن فى حكمهم ممن انعدم تمييزه بأى سبب من هذه الأسباب الثلاث (بشرط أن لا يكون فقدان التمييز راجع إلى خطأ منهم) كالمريض مرض النوم والمصروع والمنوم تنويماً مغناطيسياً لا يكون هؤلاء مسئولين مسئولية تقصيرية لأن فقدانهم التمييز ينفى عنهم هذه المسئولية .

ولكن هناك حالات يكون فيها من انعدم تمييزه مسئولا وهى :

١ — أن يكون من انعدم تمييزه بسبب عارض (كمن أدمن فى المخدرات أو السكر أو رضى بأن ينوم تنويماً مغناطيسيا) قد تسبب هو بخطأ منه فى ذلك .

٢ — أن يكون فاقد تمييزه هو كالصبى مثلا فى مكان المسئولية ولا يوجد مسئول عنه أو رقيب عليه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول عنه وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يلزم فاقد التمييز بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم .

هذا وأساس هذه المسئولية تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعى لا الخطأ لهذا فهى مسئولية إحتياطية وجوازيه ومخففة .

= يراجع كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى فقرة ٢٤ فما بعدها .
يراجع كتاب الالتزامات للدكتور حشمت فقرة ٤٥٣ فما بعدها .
يراجع كتاب الدكتور سليمان مرقص الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها .

(١) يراجع كتاب الأستاذ الصدة فى مصادر الالتزام ص ٤٦١ فما بعدها .
تراجع المادة ٢/١٦٤ قانون مدنى مصرى .

(ب) حالة الضرورة [1] ، وصورتها أن يسبب شخص ضرراً للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، فلا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا ، والذى يشترط لتفادى الضرر الأكبر بإحداث ضرر للغير أصغر هو :

١ — أن يكون هناك خطر يهدد النفس أو المال أو الغير .

٢ — أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبياً عن الضار والمضرور .

٣ — أن يكون أكبر بكثير من الضرر الذى أوقعه كأن يتلف سائق سيارة مال شخص ليتفادى قتل إنسان .

(ج) استعمال حق الدفاع [2] الشرعى ، أو غير ذلك من الحقوق ، وصورته تظهر فيمن أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، فإنه يكون غير مسئول على أن لا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

وليباح التعدى فى حالة الدفاع الشرعى يلزم توافر الشروط الآتية :

١ — وجود خطر لا يمكن دفعه إلا بالتعدى وإيذاء الغير أو توقع وقوع الخطر على النفس أو المال أو من له مكانة فى النفس يعز معها عدم الدفاع عنه .

٢ — أن يكون ذلك الخطر الواقع أو المتوقع غير مشروع .

٣ — أن لا يتعدى الدفاع القدر اللازم لدفع الخطر .

---

(١) تراجع المادة ١٦٨ قانون مدنى مصرى

ويراجع كتاب الوسيط للسنهورى ص ٥٤٣ وأبو ستيت ص ٤٤٠ ، والصدة ص ٤٧٤ .

(٢) تراجع المادة ١٦٦ مدنى مصرى .

يراجع الصدة ج ٤٧٢ من كتاب مصادر الالتزام .

(د) تنفيذ أمر القانون أو أوامر[1] الرؤساء ، وذلك لأن الموظف العام لا يكون مسئولاً عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أوكان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبيناً على أسباب معقولة وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » .

فالتعدى فى حالة تنفيذ أمر الرئيس لا يعفى من المسئولية الشخصية إلا إذا توافرت له الشروط الآتية :

١ — أن يكون من صدر منه التعدى موظفاً عاماً .

٢ — أن يكون الرئيس ممن تجب طاعته وأن يعتقد أن إطاعته فى ذلك الأمر واجبة عليه .

٣ — أن يثبت الموظف أنه راعى جانب الحيطة وأنه يعتقد أن الأسباب التى بنى عليها الرئيس أمره كانت معقولة وأنه قام به بحسن نية ويدخل ضمن اختصاصه .

(هـ) رضا المصاب[2] ، وذلك لأن رضا المصاب الذى تنعدم معه المسئولية يجب أن يبلغ حداً يستغرق معه خطأ المدعى على مثال ذلك من القانون « أن ترضى إمرأة بالغة أن تعاشر خليلا عن شهوة ودون تغرير أو مساس بحق الغير فلا يحق لها أن ترجع عليه قانوناً بالتعويض » .

الركن الثانى : الضرر

هو عبارة عن الأذى الذى يصيب الانسان فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له ، سواء بجسمه ، أوعاطفته ، أو ماله ، أوحريته ، أوشرفه أو غير ذلك .

---

(١) تراجع المادة ١٦٧ من القانون المدنى المصرى .

تراجع مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٠ ص ١٣٤

والضرر شرط أساسى لقيام المسئولية التقصيرية ، وضرورى إثباته لامكان المطالبة بالتعويض .

وهو نوعان :

النوع الأول : الضرر المادى :

وهو الأذى الذى يصيب المضرور فى حق من حقوقه فيسبب له خسارة مالية : كضياع حق الملكية،أو الارتفاق أو حق المؤلف،أو المخترع أو الدائنين إلى غير ذلك .

النوع الثانى : الضرر الأدبى :

وهو الأذى الذى يصيب الانسان فى عاطفته ، أو حريته ، أو كرامته وشرفه،أو فى أى معنى من المعانى التى يحرص الناس عليها،ويكون بالقذف أو السب مثلا .

هذا ، وللضرر المادى شرطان :

الشرط الأول : أن يكون هنالك إخلال بمصلحة مالية .

الشرط الثانى : أن يكون الضرر محققاً ووقع فعلا ، أو سيقع حتما كما فى العامل يعجزه الضرر عن العمل فى المستقبل فيفوت عليه عجزه فرصة التكسب العادية التى تعتبر فى حكم الحاصل .

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع ولا يوجد مايؤكد أنه سيقع فانه لايكون محل اعتبار أو تعويض .

فالضرر المادى يستحق المضرور عليه التعويض بالإجماع أما الضرر الأدبى فإن الفقه الإسلامى لايرى فيه موجباً للضمان وان كان يقرر

عقاب الشاتم مثلا بعقوبة خاصة توقع بناء على طلب المشتوم مالم يسامح أو يصالح [١] .

أما القوانين الوضعيه فإنها ترى صلاحية الضرر الأدبى للمطالبة فيه بالتعويض ، والمطالبة به حق شخصى لا ينتقل إلى الورثة إلا بشرط حصول المطالبة به حال حياة المضرور خلافا لفريق آخر يرى انتقال هذا الحق من غير هذا الشرط .

الركن الثالث : رابطة السببية :

إن الرابطة هنا : هى العلاقة المباشرة بين الخطأ والضرر ، وتنعدم المسئولية إذا لم يكن الخطأ هو السبب المباشر فى حدوث الضرر .

ورابطة السببية شرط أساسى لقيام المسئولية ، إلا أنها كثيراً مايصعب ويدق تقديرها بسبب تعدد ظروف الأحوال وتداخلها ، كما أنها قد تنعدم لقيام سبب [٢] أجنبى حدث بعد حصول الخطأ .

والسبب الأجنى هو كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب فى إحداث الضرر فيترتب عليه انتفاء مسئولية المدعى عليه كلها أو بعضها، وذلك لأن قيام سبب أجنبى للضرر مقتضاه إما انعدام رابطة

(١) يراجع تقرير تيان لمؤتمر القانون لسنة ١٩٣٧ ص ٨١
يراجع المسئولية الحديثة ج ١ لسليمان مرقص ص ٤٣ فما بعدها .
يراجع الوسيط ج ١ للسنهورى ص ٨٥٤ فما بعدها .
يراجع صبحى محمصان ج ١ ص ١٤٥
يراجع مجمع الضمانات ص ١٦٦
(١) يراجع كتاب الاستاذ الدكتور الصدة ص ٥٠٠ :

السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذى وقع أو أن خطأ المدعى عليه ليس هو السبب الوحيد للضرر ، فى الحالة الأولى تنتفى مسئولية المدعى عليه . وفى الحالة الثانية تكون مسئولية المدعى عليه مسئولية جزئية .

وأهم صور السبب الأجنبى هى القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء ، وهو عبارة عن حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطاع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كوقوع زلزال ، أو ثوران بركان ، أو هبوب عاصفة ، أو حصول حريق ، أو وقوع سرقة ، أو حدوث مرض مفاجىء أو صدور تشريع ، أو أمر إدارى ، أو انفجار آلة سيارة أو مفاجأة السائق بنور خاطف يبهر بصره . ويشترط لتحققه : —

(١) أن يكون الحادث غير متوقع ولا فى الوسع توقعه أبداً وقت وقوع الحادث .

(٢) ألا يستطاع دفع الحادث .

(٣) أن يحصل الحادث وتنفيذ الالتزام معه مستحيل .

(٤) ألا يكون هناك خطأ من جانب المضرور أدى إلى وقوع الحادث أو الغير فخطأ المضرور الذى تنعدم معه المسئولية عن المدعى عليه مثل أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه بأن يتعمد المضرور إيقاع الضرر بنفسه مثل أن يأتى شخص يريد الانتحار بنفسه أمام سيارة سائق يسير بسرعة تجاوز الحد الجائز فتدهسه السيارة فيموت .

ومن صوره أيضا أن يكون خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور فيستغرق الخطأ الأخير الخطأ الأول مثل أن يفاجىء شخص سائقا بفعل خاطىء منه فيؤدى ذلك إلى قيام السائق بحركة خاطئة تحدث ضرراً بذلك الشخص فيكون خطأ السائق حينئذ نتيجة لخطأ المضرور .

أما خطأ الغير الذى تنتفى معه مسئولية المدعى عليه كأن يكون خطأ الغير مستغرقا لخطأ المدعى عليه حتى يصبح الغير وحده مسئولا ، كما لو حفر المدعى عليه خطأ حفرة فى الطريق فوقع فيها شخص وثبت أن غريمه هو هو الذى دفعه فيها فيكون الغريم هو المسئول دون المدعى عليه .

تعدد الخطأ :

فالخطأ قد يتعدد فيكون حدوث الضرر من خطأين قد يكون أحدهما مستغرقاً للخطأ الآخر ، أو قد يكون أحدهما نتيجة للخطأ الآخر ، أو كل منهما مشترك فى إحداث الضرر مستقبلا .

كما أن النتائج الضارة قد تتعدد فيما بينها ، وينحصر السبب فى خطأ واحد ، وهنا رابطة السببية لا تعتبر متوافرة إلا بالنسبة إلى الضرر الذى نتج عن الخطأ المباشر .

هذا ، ولصعوبة تعيين ما يعتبر سبباً حقيقياً للضرر اختلفت الآراء :

قال بعضهم : بنظرية تعادل الأسباب :

ومقتضى هذه النظرية يجب بحث كل العوامل المتعددة على حدة . فالعامل الذى يثبت أنه لولاه ما وقع الضرر يعتبر السبب فى حدوثه ، فان لم يثبت ذلك العامل تعادلت واشتركت جميع الأسباب .

وقال آخرون : بنظرية السببية الفعالة :

ومقتضى هذه النظرية أن الحادث يعتبر سبباً فعالا بقدر ما يجعل حصول النتيجة محتملا .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قالوا[١] :

بأنه إذا اجتمع السبب المباشر والسبب غير المباشر فلا ضمان مع المباشر ، وهذا إذا كان السبب الآخر غير المباشر لا يعمل بانفراده ، أما إذا كان يعمل بإنفراده فيشتركان .

وقد نقلوا أيضاً الضمان من السبب القريب إلى السبب البعيد إذا وجد المسوغ لإهدار القريب ، وذلك بأن صدر من غير إرادة أو صدر تحت ضغط قوة قاهرة .

* * *

---

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٧٦/١٨٠ وأيضا ص ١٤٦
يراجع البحر ج ٨ ص ٣٤٩
يراجع رد المختار ج ٥ ص ٥٣١
يراجع تقرير الدكتور السنهورى ٢٤/٣٤
تراجع المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٢١
يراجع الاشباه والنظائر فى شرحه لقاعدة (اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر) .
ويراجع المجلد الاول ص ١٩٦ للحموى .

الفصل الثالث

احكام الضمان

المبحث الاول

أحكام الضمان أو المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية :

أوجبت الشريعة رفع الضرر، فقد جاء فى قواعد الفقهاء الكلية قولهم:

« الضرر يزال[1] » وبنوا الفعل للمجهول . وعليه فليس للمضرور أن يقابل الضرر الذى لحقه بضرر مثله للإنتقام، بل عليه أن يطلب إزالة الضرر الذى لحقه من الحاكم والحاكم يعوضه الضرر الذى لحقه ظلماً وبغير وجه حق .

فليس للمظلوم أن يظلم آخر بما أنه ظلم مثلا: فلو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله ، يكونان ضامنين[2] .

وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذى هو من قبيلة طى ، بسبب أن بكرا الذى هو من تلك القبيلة أتلف ماله ، يضمن كل منهما المال الذى أتلفه كما أنه لو انخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد ، فليس له أن يصرفها إلى غيره .

فالضمان بوجه عام يوجب إعطاء مثل الشىء المتلف إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيميا ، أو من المثليات التى يتعذر إيجاد مثلها[3] .

---

(1) يراجع الاشباه والنظائر ص ١٤٦

(2) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢١

(3) جاء فى القوانين لابن جزىء المالكى ص٣٣٢/٣٣٣ مانصه «الافساد وهو على نوعين احدهما أن يذهب المنفعة المقصودة من الشىء كمن قطع يد عبد أو رجل دابة فيخير صاحبه بين أن يأخذ قيمة ما نقصه ذلك الفساد =

هذا والقيمه تعتبر يوم التلف بلا خلاف إلا فى حالة الغصب ، فان الحنفية يرون النظر فى القيمة إلى يوم غصبه اويكون التعويض من مال الجانى نفسه ، لا فى مال قبيلته أو عاقلته ، اللهم إلا فى جنايات الدماء [١] .

فالضمان فى الإسلام قد يكون فى غير النقود كما فى إعطاء المثل ، أو إزالة الضرر عينا ، أو جبر المتلف وإعادته صحيحا كما كان متى كان ذلك ممكنا وذلك مثل إعادة بناء الحائط الذى هدم بغير وجه حق .

والضمان فى أحوال الإتلاف التام واضح. أما إذا كان الإتلاف جزئيا كافساد شىء أو نقصانه ، فاذا كان الإفساد بسيطاً يكون على المعتدى أن يدفع قيمته بلا خلاف .

أما إذا كان فاحشاً يذهب المنفعة المقصودة كقطع يد الدابة فقد ذهب الإمام مالك إلى إعطاء المضرور الخيار فى أخذ قيمة النقصان، أوأن يعطى الجانى الشىء المتلف ويغرمه قيمته كاملة [٢] .

أما أبو حنيفة والشافعى فانهما قالا فى الاتلاف بدون غصب ليس لصاحب الشىء غير قيمة النقص .

= أو يسليمه للمفسد ويأخذ قيمته منه كاملة والآخر أن يكون الفساديسيراً فيصلحه من أفسده ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص كثقب الثوب وقطع ذنب الدابة الا أن تكون مركوب ذوى الهيئات فقطع ذنبها كتعطيل منفعتها » .

(١) الزيلعى على الكنز جـ ٦ ص ١٤٤

(٢) تراجع البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٥٣ — و ص ٣٥٤
يراجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٦٤
يراجع الخرشى جـ ٤ ص ٣٦٥ — ٣٦٦
تراجع القوانين لابن جزىء ص ٣٣٢
يراجع مجمع الضمانات ص ١٤٧
تراجع الفتاوى البزازية بهامش الهندية جـ ٣ ص ١٦٨

طريقة الضمان فى الفقه الإسلامى

العوض فى الشريعة الإسلامية قسمان : عوض عن النفس والأطراف، وعوض عن المال . أما الأول فيشمل الدية والأرش وحكومة العدل ، فالدية بدل عن النفس التى أهدرت وهى مائة من الإبل ، فان لم توجد فانه يصار إلى الضمان النقدى ويقدر فيما مضى بألف دينار من الذهب أو بعشرة آلاف درهم من الفضة عند الحنفية ، أو باثنى عشر ألف درهم عند المالكية والشافعية وعلى ذلك فالتعويض النقدى استثنائى .

ويظهر لنا من الدية فى الإسلام أنها ضمان للنفس بمقابل لا يتأتى معه التعويض العينى الذى هو ارجاع حالة النفس إلى ما كانت إليه وهو مما لا يتصور ولعل تقدير الدية هذا سببه دفع مغالاة المجنى عليهم ، لاسيما أنها لم تكن مقدرة فى الجاهلية بمعيار يضبطها ، وكان أهل القتيل يغالون فى مقدارها ليعجز القاتل فيقتصون منه .

وأما الفقه الإسلامى فى حكومة العدل — وهو مذهب الحنفية — يترك تقدير العوض للقاضى ، وغالباً ما يكون ذلك فى التعويض عن الأطراف (إذا كانت ضعيفة أو شلاء) بمقابل بعد تقسيم الجسم إلى فئات أربع :

الفئة الأولى : العضو الذى لا يوجد منه ثان فى الجسم كالعقل واللسان ففى كل هذين العضوين دية كاملة .

الفئة الثانية : العضو الذى يوجد منه إثنان فى الجسم ففيهما معاً الدية وفى أحدهما نصف الدية كما فى اليدين والرجلين والعينين .. الخ .

الفئة الثالثة : العضو الذى يوجد منه أربعة فى الجسم ، ففيها كلها الدية وفى الواحد منها ربع الدية .

الفئة الرابعة : العضو الذى يوجد منه عشرة فى الجسم ففيها كلها الدية وفى الواحد منها عشر الدية كالأصابع مثلا .

أما الجنايات التى يتسبب منها جراح فى الجسم فبعضها له تقدير كالموضحة الخطأ ، ففيها نصف عشر الدية ، وأغلبها أمره متروك إلى حكومة العدل .

وأما الأرش فهو بدل النقصان الذى يحصل للنفس فى أطرافها .

وأما التعويض عن الضرر الذى يقع على الأموال بسبب غصب أو إتلاف أو سرقة أو غيرها فيختلف باختلاف العين من حيث هلاكها أو نقصها ،فان كانت قائمة فيتعين ردها ومئونة الرد على الغاصب فان استهلك الغاصب العين فعليه التعويض ببدل أو قيمة. وأما إذا هلكت عين المغصوب فلا مفر من التعويض بمقابل لاستحالة رد العين ، فان كان لها مثل فمثلها وإلا فقيمتها . وأما إذا نقص المغصوب فالواجب هو رد العين مع ضمان النقصان بمقابل المثل أو القيمة .

وفى حال الاتلاف أو السرقة فان على المتلف أن يضمن المتلف بمقابل إما بالمثل أو بالقيمة .

المبحث الثانى

أحكام المسئولية التقصيرية فى القانون :

إن مرتكب الفعل الضار إذا ثبتت عليه المسئولية بعد توافر أركانها السابقة فإنه يلزم بجزاء على تقصيره ، هو عبارة عن تعويض هو جبر للضرر .

التعويض :

هو جبر الضرر الذى يلحق المصاب . ويتصور أن يكون عينيا ، أو نقديا . والتعويض العينى ، وقد قال به التشريع الإسلامى — هو خير وسيلة لجبر الضرر فمن كسر لآخر مرآته كان خير تعويض له أن يستبدل بالمكسور غيره من نوعه ، مالم يتعذر ذلك .

والتعويض يقدر بقدر الضرر المباشر لاأزيد ولاأنقص ، سواء أكان الضرر ماديا أو أدبياً كما يقول رجال القانون . والضرر يشمل الخسارة التى لحقت المصاب والكسب الذى ضاع عليه ، وليس للمسئول أن يتذرع بحسن نيته أو عدم توقعه لحدوث كل ذلك الضرر ، ولا بأس من أن يقام وزن للظروف الملابسة إن أمكن .

هذا ، وعند تعيين الالتزام بالتعويض يجب استبعاد كل الأسباب التى أدت إلى الضرر ماعدا الخطأ لأن أساس المسئولية الخطأ ، ويجب قصر الالتزام على كل من وقع منه خطأ أسهم فى ذلك الضرر .

وإذا تعدد الفاعلون للضرر وكان بينهم اتفاق على إحداث الضرر ، أولم يكن بينهم اتفاق ولكن خطأ كل منهم كان السبب فى حدوث الضرر بأكمله ، أو لم يمكن تعيين نصيب كل منهم فى إحداث ذلك الضرر فانهم يكونون متضامنين (١) .

(موازنة بين الفقه الاسلامى والقانون فى التعويض)

إذا كان الاعتداء على النفس أو الطرف فإن الفقه الإسلامى يجعل طريقة التعويض بمقابل لتعذر التعويض العينى ، وأما إذا كان الاعتداء

(١) يراجع جـ ١ المسئولية المدنية للاستاذ الدكتور سليمان مرقص جـ ١ ص ١٩٠

بالغصب بالتعويض العينى بالرد وفى حالة الإتلاف بطريقة التعويض بمقابل إما بالمثل أو القيمة .

وبهذا يختلف عن القوانين الوضعية التى تجعل طريقة التعويض فى جميع الأحوال نقديا .

المبحث الثالث

سقوط الدعوى بالتقادم

المطلب الأول : التقادم

فى فقه الشريعة الإسلامية :

التقادم[١] معروف عند فقهاء الإسلام ويسمى عندهم بمرور الزمان وحكمته عندهم تنظيم القضاء وتجنيبه عراقيل الإثبات ومشكلاته بعد مرور الزمن من غير مطالبة فلذلك يمنعون سماع الدعوى إذا مضت [٢] خمسة عشر عاما وتركها صاحبها من غير أن يكون هنالك ما يمنعه من المطالبة بها مالم تكن الدعوى فى وقف أو إرث فإنها لا تسقط إلا بمضى ثلاثة وثلاثين عاما .

---

(١) يراجع رد المحتار ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة ١٣٢٥ ﻫ جاء فيه :
« ان السلاطين الآن يأمرون قضاتهم فى جميع ولاياتهم ألا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث » .

(٢) جاء فى كتاب العرف والعادة فى رأى الفقهاء للاستاذ أحمد فهمى ابى سنة ص ١١٦ : « ان المالكية قدروا المدة فى العقار بعشر سنين أخذا بحديث (ومن حاز شيئا عشر سنين فهو له) » .

فعدم سماع الدعوى هنا لا يسقط أصل الحق إن كان فى ذمة انسان لصاحبه ويجب عليه الوفاء به ديانة وعليه إذا أقر الخصم به انهدم مرور الزمن لزوال الشك وظهور الحق بالإضرار وحينئذ تسمع الدعوى شرعاً .

وعلى ذلك فالتقادم هو انقضاء زمن[1] معين على حق فى ذمة انسان أو على عين لغيره فى يده دون أن يطالب به وهو قادر على المطالبة .

المطلب الثانى

التقادم فى القانون

الرأى القديم عند رجال القانون أن حق التعويض يسقط بعدم المطالبة به فى خلال خمسة عشر عاماً من يوم وقوع الضرر ، وهنالك رأى حديث بأنه يسقط بعدم المطالبة فى خلال ثلاثة أعوام من تاريخ العلم به على أن يكون الحد الأقصى لمدة التقادم خمسة عشر عاماً من يوم وقوع الحادث .

المبحث الرابع

العوض فى الفقه الإسلامى والقانون

العوض عند فقهاء الإسلام يشمل مايعتبر ضررا كالكسب الذى يضيع ويكون عينيا مالم يكن الشيء المتلف مثليا أو قيميا ، فالمثل فى المثليات والقيمة فى القيميات .

جاء فى الفصولين « أن من ذبح رضيع نعجة ، يضمن أيضاً نضوب لبن أمه » .[2]

---

(١) جاء فى الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٦ ما يأتى : «طبعة سنة ١٣٢٥» (القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) .

(٢) الفصولين ج ١ ص ٨٧

هذا والتشريع الإسلامى لا يعرف التضامن بين المسئولين (١) .

وقد تكلم فقهاء الشريعة بتوسع فى الضمان الواجب كدية النفس ودية الأعضاء وحكومة العدل (٢) .

ويرى القانون أن الاتفاقات بين الطرفين فى المسئولية التقصيرية تؤدى إلى تعديل أثر الأحكام العامة المتعلقة بالتعويض مثل :

(١) الاتفاق (٣) على الاعفاء من المسئولية .

قال فقهاء القانون :

إذا تحققت المسئولية التقصيرية لا مانع من الاتفاق على تعديل أحكامها بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد لأن للمضرور حقه فى أن يقبل التعويض كاملا أو ناقصاً ويصح أن يلزم المسئول نفسه فيعطى المضرور تعويضاً أكبر ، وينعقد كل هذا مع النظام العام .

أما إذا لم تتحقق المسئولية بعد ، فإن الاتفاق قد يبدو لأول وهلة أنه غير متصور وقوعه لعدم وجود رابطة بين المسئول والمضرور تربطهما مقدماً ، إلا أنه فى بعض الحالات من الممكن تصور الاتفاق قبل تحقيق المسئولية كأن توجد أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يوجد بينهم مسئول ومضرور مثل أن يتفق جار مع جاره على تعديل أحكام المسئولية إذا أصاب أحدهما ضرر من حيوانات الآخر ، أو عن تجاوز المضار العادية للجوار .

(١) تراجع الهداية ص ١٨٤ ج ٤

(٢) يراجع فى كتب الفقه المختلفة .

البدائع ج ٧ ص ٢٣٣ فما بعدها .

(٣) يراجع كتاب الأستاذ الدكتور الصدة ص ٥٣٣ من مصادر الالتزام .

ولكن نص القانون المدنى المصرى فى الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

فالقانون هنا يقضى ببطلان كل اتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية ، سواء كان بالإعفاء تماماً أو بانقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الأضرار دون البعض الآخر أو بتحديد مبلغ معين ، أو سواء كان ذلك عن الخطأ الشخصى أو عن خطأ الغير . وذلك لأن المسئولية التقصيرية قد أنشأها القانون بصفة آمرة فهى تتعلق بالنظام العام وتختلف عن المسئولية العقدية التى أنشأتها الإرادة التى تستطيع أن تعدل من أحكامها .

وعلى هذا يجرى عمل القضاء فى مصر وفى فرنسا .

(ب) والاتفاق على تأمين المسئولية .

يتفق التأمين من المسئولية مع الاتفاق على الاعفاء من المسئولية فى أنهما فى الحالين يدرأ المسئول فيهاعن نفسه عبء الالتزام بالتعويض ولكن التأمين يختلف عن الإعفاء فى أن المسئول المؤمن له لا يرمى إلى التحرر من المسئولية ، وإنما يلقى عبئها على شركة التأمين فلا يحرم المضرور من حقه فى التعويض . وهو كثير فى الحياة العملية .

هذا،ويجوز للشخص أن يؤمن من مسئوليته التقصيرية ، سواء كانت قائمة على خطأ ثابت أو مفروض أو قائمة على أساس غير ذلك ، وسواء كان الخطأ جسيما أو يسيراً إلا أنه لا يجوز التأمين من المسئولية المترتبة على الخطأ العمد الذى يصدر من المؤمن شخصياً ، لأن ذلك يكون من قبيل الغش .

وللتأمين ثلاثة آثار وهى علاقة المؤمن بالمؤمن له ويحكمها عقد التأمين الذى يرتب التزامات على كل من شركة التأمين والمسئول ، وعلاقة المؤمن بالمضرور وهى تجعل للمضرور من وقت وقوع العمل غير المشروع الحق فى أن يرفع دعوى مدنية قبل المؤمن ، ثم علاقة المؤمن بمن صدر منه الضرر فى التأمين عن عمل الغير وهى العلاقة التى تهمنا ، وهذه العلاقة توجد حين يؤمن الإنسان نفسه من المسئولية عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه وهم الذين يكلفون بذلك بمقتضى الاتفاق أو القانون أو من المسئولية التقصيرية عن فعل الأشخاص الذين يخضعون لرقابته أو يكونون تابعين له .

فإذا دفع المؤمن له التعويض للمضرور كان له أن يرجع به على المؤمن طبقاً لعقد التأمين ، وكذلك على الغير الذى صدر الخطأ منه؛إذ يحق له كما سبق أن رأينا بالنسبة إلى المضرور أن يجمع بين التعويض ومبلغ التأمين، لكن هل يجوز للمؤمن أن يرجع على الغير بمبلغ التأمين بدلا من المؤمن له ؟ لا يجوز للمؤمن هذا الرجوع طبقاً للقواعد العامة ، فهو لا يحل محل المؤمن له قانوناً فى الرجوع على الغير ، لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بمقتضى نص وليس هناك نص يقضى بذلك إنما يغلب فى العمل وجود شرط ينزل به المؤمن له عن دعواه قبل الغير لصالح المؤمن ، به يرجع على الغير .

(حـ) والاتفاق على استحقاق[1] مكافأة أومعاش استثنائى فى حالة الإصابة أو الوفاة الناشئة من الفعل الضار .

---

(١) تراجع نظرية دفع المسئولية لسليمان مرقص من ص ٤٢٥ فما بعدها .

وتراجع المسئولية المدنية جـ ١ ص ١٨٢ للمؤلف أيضا .

هذا ويكون الاتفاق على استحقاق مكافأة أو معاش استثنائي من رب العمل إذا كان المصاب عاملا أثناء العمل ولا يمانع القانون المدني المصرى في الجمع بين الحصول على مكافأة استثنائية والتعويض الواجب للمصاب وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية ، لأن القانون لا يبيح للمصاب الجمع بين التعويض الجزافي الذى قرره المشرع احتياطا والتعويض الكامل الناشيء عن المسئولية التقصيرية ، ولأنه متى حق له التعويض الكامل أصبح حكم التعويض الجزافي غير مطبق عليه . أما إذا كان المسئول شخصا أجنبيا غير رب العمل فإنه يجوز للمصاب الجمع بين مطالبة رب العمل بالمكافأة الاستثنائية ومطالبة المسئول الاجنبي بالتعويض العادى ، لأن كلا من الحقين مستقل عن الآخر في سببه .

الاتفاقات الخاصة وأثرها في فقه الشريعة الإسلامية :

إن الفقه في الشريعة الإسلامية يرفض الاتفاقات الخاصة قبل أن تتحقق المسئولية التقصيرية ويبطل أثرها في تعديل أحكام المسئولية التقصيرية مثل : [1] أن يقول شخص لآخر : اقتلني بسيفك ولا شيء عليك ، فيقتله فإن القاتل تجب عليه الدية، لأن الإباحة لا تجرى هنا والإذن في هذه الصورة نوع من الاتفاق ، ولأن الاتفاق على التنازل عن حق لم يتحقق نوع من الاشتراط الفاسد. أما إذا كان الاتفاق الخاص بعد تحقق المسئولية التقصيرية كان على الاعفاء أو التخفيف من المسئولية ، فان هذا الاتفاق أيضاً في الفقه الإسلامي غير ملزم وان رضى المضرور .[2]

أما الاتفاق على تأمين المسئولية أو على استحقاق مكافأة أو معاش

---

(١) يراجع الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٠

(٢) يراجع شرح غرر الاحكام ج ٢ ص ١٧٧ (طبعة سنة ١٣٣٠هـ) .

فهو نظام حديث مازالت تقوم حوله شبه دينية ولازالت تنفر منه النفوس المؤمنة المتحفظة وعقد غريب على الفقه الإسلامى وإن كانت لبعضهم دراسات فى مال السوكره وقالوا بأنه لايحل للتاجر أخذ بدل الهالك من مال السوكره ، لأنه مال لايلزم من التزم به ، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل[١] عندهم .ولا زالت تحوم حوله دراسات لفقهائنا المعاصرين وليس هنا مجال عرضها .

المبحث الخامس

دعوى المسئولية التقصيرية

(المطلب الأول فى فقه الشريعة)

ان فقه التشريع الإسلامى يشترط[٢] لدعوى المسئولية التقصيرية أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه معلوما غير مجهول لهيئة القضاء ، وأن يكون كل منهما عاقلا ، ولذا نرد دعوى المجنون والصبى غير المميز والصبى المميز مالم يأذن له من له الولاية عليه ، أو من يقوم مقامه بالخصومة .

أما فى المدعى به فيشترط أن يكون معلوما أيضاً إلا فى خمس مسائل استثناها الفقهاء ، منها المغصوب الهالك ،أو الذى لايدرى قيامه أم هلاكه، فإن الدعوى به تصح وان لم تعلم هيئة القضاء قيمته ، وذلك لأن المتلف المجهول فى هذه الحالة إذا كلف المدعى ببيان قيمته فانه يتضرر ، فتسهيلا عليه ومنعا من إلحاق الضرر به أجازوا له الدعوى به .

---

(١) يراجع رد المحتار ج ٣ ص ٣٤٩ (طبعة سنة ١٢٩٩ ه) .

(٢) يراجع شرح لائحة الاجراءات الشرعية لأحمد قمحة وعبد الفتاح السيد طبعة سنة ١٩٢٣

وأما فى الدعوى بضمان المتلف فيشترط أن تكون الدعوى بمجلس القضاء وبلسان المدعى بنفسه عند الأمام أبى حنيفة ويجوز له أن يوكل غيره عند الصاحبين وإن لم يرض الخصم الآخر . وأما المدعى عليه فيجب أن يحضر بنفسه أو بنائبه لسماع الدعوى التى يجب على المدعى أن يدعى فيها بما يفيد تيقنه وجزمه بحصول الإتلاف من المدعى عليه بغير حق مباشرة أو تسبباً .

هذا وإذا كانت دعوى الضرر الذى لحق المدعى ويطلب تعويضه عقاراً ، فلابد من أن يذكر أن المدعى عليه وضع يده عليه وتصرف فيه خوفاً من أن يكون العقار تحت يد غيره ، وأما إذا كان منقولا فان على المدعى أيضاً أن يذكر أنه كان بيده هو أو من يقوم مقامه والمدعى عليه أحدث به الضرر ويبين العين الهالكة أو التى لحقها الضرر بياناً كافياً ويذكر قيمتها ما أمكن وألا يكتفى بالاجمال . وللمدعى عليه أن يدفع المسئولية عن الضرر المذكور بالدعوى بأن ما فعله لم يحدث الضرر مباشرة ولم يكن سبباً فى وقوعه ، أو أن المدعى لم يصب بأى أذى من فعله ، أو أن المدعى تنازل بعد أن دفع له تعويضاً تصالح معه عليه ، أو يدفع بأى وجه شرعى يخلصه من المسئولية .

وتنقضى الخصومة بين المدعى والمدعى عليه بالآتى : —

(١) اذا ثبت مقتضى الحكم وحكم القاضى .

(٢) الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان إلا أن القضاء جرى حديثاً على النهى عن سماع الدعوى بعد مضى خمسة عشر

---

(١) يراجع كتاب الاصول القضائية فى المرافعات للشيخ على قراعة ص ٧ فما بعدها .

عاما قطعاً للحيل والتزوير فيما عدا الوقف والإرث ، فإنه لا يمنع سماع الدعوى منهما إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة بشرط أن يكون المدعى ممكنا من رفع دعواه فى تلك المدة والمدعى عليه منكراً للحق فى كل المدة .

(٣) أن يتصالح المدعى والمدعى عليه فيتنازل المدعى عن حقه فى التعويض .

المطلب الثانى

دعوى المسئولية التقصيرية فى القانون :

إذا لم يقم المسئول بأداء العوض للمضرور باختياره فإن للمضرور [١] (ولو تعدد) الحق شخصياً فى أن يرفع طلبا للمحكمة بشكواه ، مالم يكن قاصراً فإن وليه أو وصيه يقوم بإجراءات الادعاء نيابة عنه وليس للمحكمة أن تقضى بتعويض لم يطلب منها القضاء به ، وليس لها أن تلزم المسئول بدفع تعويض لغير من أصابه الضرر ، أو من ينوب عنه ، والدعوى ترفع على من يكون ملزما بجبر الضرر مالم يكن قاصرا أو محجورا عليه فإنها ترفع على من

---

(١) وللمضرور أن يرفع دعواه على أحد المسئولين اذا تعددوا ويطالبه بالتعويض كاملا لأن المسئولية بينهم تضامنية . تراجع المادة ١٦٩ من القانون المدنى المصرى الجديد ونصها « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

والتضامن يقوم بشروط ثلاث :

١ – أن يقترف كل من المسئولين خطأ .

٢ – ويكون الخطأ محدثا للضرر وناجما عنه .

٣ – وأن يكون الضرر واحدا وأدى اليه خطأ كل من المدعى عليهم .

يملكه قانونا وهو الوصى أو الولى أو القيم وما لم يكن غير مميز فإنه يعفى من المسئولية التقصيرية لوجوب توافر الأهلية القانونية اللازمة لقيامها .

وقد يغلب فى أحوال تعدد المضرورين أن يصاب شخص فى حادث بضرر يعجزه عن القيام بعمله فيرتد الضرر بسبب ذلك إلى غيره لأن عدم قيامه بعمله يحول دون الاتفاق على من يعولهم ، أو قد ينزل بزوجه ضرراً ادبياً يجعل لمن حرم النفقة أو وقع به ضرر أدبى نتيجة لما أصاب البعض الآخر الحق فى أن يطالب بالتعويض الممكن عما لحقه من ضرر أما إذا لم يلحقهم ضرر فليس لهم حق المطالبة ولو مات المضرور .

هذا والقصر الذين يتركهم المجنى عليه فى حادث قضى عليه فيه إنما لهم — ويمثلهم الوصى — المطالبة بما أصابهم من ضرر شخصى ارتد عليهم عن الضرر الذى أصاب مورثهم وإثبات الضرر الأصلى الذى أصاب المجنى عليه ، كما لهم الحق (إذا باشر المجنى عليه دعواه ثم مات) مواصلة السير فى الدعوى فى الحالة التى هى عليها ، لأنهم امتداد لشخصيته .

للمدعى عليه أن يدفع دعوى المسئولية بأنه لم يقترف خطأ أو بأن المدعى لم يصب بضرر أو بانعدام السببية بين الضرر والخطأ أو بأى وجه يخلصه من المسئولية .

وتنقضى الخصومة بين المدعى والمدعى عليه بأحد الأحوال الآتية:

١ — إذا انقضى عام من آخر إجراء صحيح من اجراءات التقاضى التى قام بها أحد الخصوم والمدعى كان سبباً مباشراً فى عدم السير وطلب المدعى عليه إسقاط الخصومة[١] .

---

(١) تراجع المادة ٤٦ و ٤٥ و ٥١ من قانون المرافعات المصرى .

٢ — تنقضى الخصومة بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها بالتقادم[١] .

٣ — إذا تنازل المدعى عن دعواه ولم يجددها[٢] .

٤ — إذا تنازل المدعى عن حقه فى التعويض بصلح أو غيره[٣] .

وإذا مات المسئول قبل أن يقوم بتعويض المضرور فإن الالتزام بالتعويض ينتقل إلى من يخلفه فى ذمته المالية .

والاختصاص فى أحوال المسئولية التقصيرية يكون لمحكمة المدعى عليه المدنية ولكن قد يكون الاختصاص للمحكمة التى وقع فيها الفعل الضار إذا كان الضرر قد ترتب على جريمة أو الفعل الملزم للالتزام . فلمحكمة المواد الجزئية الاختصاص ولو كانت الجنحة منظورة أمام محكمة الجنايات وتكون المحكمة الابتدائية مختصة فى جميع الدعاوى المدنية التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ٢٥٠ جنيهاً[٤] .

* * *

(١) تراجع المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى .

(٢) تراجع المادة ٣٠٧ من قانون المرافعات المصرى .

(٣) تراجع المادة ٣٠٩ و ٣١١ من قانون المرافعات المصرى .

(٤) تراجع المادة ٥٥٣ من قانون المرافعات المصرى .

الباب الثانى

مسئولية الإنسان عن فعل غيره الإنسان

تمهيد :

١ — المسئولية الفردية فى الشريعة :

إن التشريع الإسلامى يقر مبدأ المسئولية الفردية التى توجب أن تكون الفرد مسئولا عن عمله ، لا عن عمل غيره .

فالفرد مسؤول وحده عن أعماله . قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » . وقال تعالى أيضاً : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » . وقال تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » وقال تعالى أيضاً : « فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره »[١] .

ووجه دلالة هذه الآيات يتلخص فى أن الإنسان ليس مسئولا إلا عن خطئه الشخصى، ولا يسأل عن نتيجة خطأ غيره .

وهذه الآيات الكريمة هى عماد الشريعة الإسلامية فى التوحيد بين الدين والقضاء فى مبادىء وقواعد كثيرة .

---

(١) تراجع سورة البقرة آية ٢٨٦
وسورة الاسراء آية ١٥
وسورة المدثر آية ٣٨
وسورة الزلزلة آية ٦

إلا أن كثيراً من المبادىء الأساسية لا يخلو من مستثنيات يقتضيها العدل ويفرضها الإنصاف ، وذلك لتعارض المصالح التى تقتضى الترجيح بينها وتفضيل الأهم منها على المهم مع ملاحظة تقلب الأحوال وتغير الأزمان .

قال صلى الله عليه وسلم : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، الإمام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع فى أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع فى مال سيده ومسئول عن رعيته .. »[1] وهذا الحديث هو عمدتنا ودليلنا على أن لمبدأ التبعة مستثنيات سنحاول جهدنا استخراج أمثلة لها من كتب الفقهاء [2] .

هذا ، وقول الله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » يظهر لى أنه عام فى أن لا مسئولية على شخص عن فعل غيره وعمومها مطلق ؛ لأنه لم تصحب عبارة الآية قرينة تنفى احتمال تخصيصها ولا قرينة تنفى دلالتها على العموم، فصيغة الآية مطلقة من القرائن اللفظية كالاستثناء أو الشرط أو الوصف أو الغاية، إلا أن حديث البخارى القائل: « كلكم راع وكلكم

---

(١) رواه البخارى راجع شرحه للعينى ج ٦ ص ١٨٩

(٢) ومن أمثلة الاستثناء ماجاء فى جامع الفصولين ج٢ ص ٧٨ جاءفيه «لو أمر صبيا باتلاف مال آخر فأتلفه ضمن الآمر» «لو دفع الى صبى سكينا ليمسكه له فوقع من يده على الصغير أو على آخر ضمن الدافع » .

وجاء فى مجمع الضمانات ص ٤٢٣ ما يأتى : « لو أودع صبيا محجورا عليه وديعة بلا اذن وليه فأتلفها لم يضمنها الصبى للتسليط من مالكها » .

مسئول عن رعيته .. .. » دليل منفصل ومستقل ، وقد يساعدنا بطريق «ملتو» بعض الشيء على تخصيص هذا العموم ، ويظهر من أمثلة الفقهاء الآتية أن الآية ليست على عمومها المطلق من وجهة النظر الفقهية عندهم ومن الأمثلة ما يأتى :

«صبى ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للأم فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار تضمن الأم ... »[١] .

والمسئولية هنا على الأم ، لأنها راعية وهى مسئولة عمن ترعاه .

« ... وإن كان (أى الصبى) لا يعقل أو كان أصغر سناً ، (أى من تسع سنين وسقط من سطح وغرق) قالوا يكون على الوالدين أو على من كان الصبى فى حجره الكفارة لترك الحفظ[٢] » .

« وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق ، فالضمان على عاقلة السابح ، لأنه سلمه إليه ليحتاط فى حفظه ، فإذا غرق نسب إليه التفريط فى حفظه ... »[٣] :

« (ص) وكأب أو معلم أمر ولداً صغيراً (ش) يعنى أن الأب أمر ولده الصغير أن يقتل شخصاً فقتله ، فإن الأب يقتل به دون ولده الصغير ...[٤]»

---

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٨
(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠
(٣) المغنى ج ٧ ص ٨٣١
(٤) يراجع الخوشى ج ٨ ص ١٠

٢ — المسئولية الفردية فى القانون :

التبعة الفردية أو المسئولية الشخصية عن خطأ الانسان نفسه كانت هى الاصل أيضاً فى القانون الوضعى إلى أن عرف القانون مبدأ الخطأ الذى هو عندهم .

اخلال بواجب قانونى مقترن بادراك المخل اياه .

والادراك هنا يفرض وجود العنصر النفسى للخطأ وهو التميز والوعى وعليه فالتبعة لاتتوجه على هذا التعريف إلا إلى من يتوافر فيهم التميز فيما عدا الحالات الاستثنائية التى يفرض فيها القانون واجباً لا يتطلب من المكلف به تمييزاً أو إدركا ، مثل التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعة والالتزام بالضرائب ... الخ .

وان مناط عدم المسئولية عندهم هو انتفاء التميز بالفعل وقت ارتكاب الفعل الضار ، فلا يسأل المجنون والصبى غير المميز عن أفعالهم الضارة بالغير .

وقد يجافى هذا الرأى العدالة إذا تصورنا أن عديم التميز أو المجنون أوالمعتوه الذى تسبب فى قتل عامل بسيط يعول اسرة كبيرة لاعائل لها سواه لاسيما إذا كان القاتل طائل الثراء ولا يعول أحدا .

فالانصاف يقتضى أن يؤخذ من مال غير المميز الثرى مايعوض اسرة العامل عما نتج لها من فقد عائلها .

ولهذا يرى[1] بعض شراح القانون وجوب الأخذ بمبدأ المسئولية المبنية على تحمل التبعة ، الا أن هذا الرأى لم يسد بسبب أخذ أغلب مشرعى القانون بمسئولية استثنائية قرروها خلافا للاصل المنصوص عليه

---

(١) تراجع المسئولية التقصيرية للدكتور سليمان مرقص ج ٢ ص ٧٤

وفقاً للقاعدة — أن لا مسئولية من غير خطأ — وعديم التمييز عندهم لايسأل لعدم تصور الخطأ منه ، إلا أن بعضهم يضع عليه مسئولية احتياطية ، ولكن فى نطاق ضيق ويتركها للقاضى الذى لا يلجأ إليها الا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز ، أو وجد وانتفت مسئوليته ، أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره . (١)

* * *

(١) تراجع المادة ١٦٥ فقرة ثانية من القانون السورى والمادة ١٦٤ فقرة أولى والمادة ١٦٧ فقرة ثانية من القانون الليبى .

تراجع المادة ١٩١ من القانون العراقى .

تراجع المادة ٨٧٩ من القانون الألمانى .

تراجع المادة ٥٤ من القانون السويسرى .

تراجع المادة ١٤٣ من القانون البولونى .

الفصل الأول

مسئولية الراعى عمن تحت رعايته

المبحث الأول

مسئولية الراعى عمن تحت رعايته فى الشريعة :

إن جمهور الفقهاء ، ما عدا جماعة من المالكية يرون أن الصبي ولو كان غير مميز إذا أتلف مال الغير أو سبب له ضرراً ما يكون مسئولا فى ماله عما أتلف إذا حصل منه الإتلاف مباشرة ، وطبيعى يجرى هذا قياسا على باقى فاقدى الأهلية مثل المجنون والمعتوه ، فمسئولية عديمى التمييز فى أموالهم يسهل إلى حد كبير على المضرور الوصول إلى العوض المستحق له عن الضرر الذى لحقه منهم ، حتى إذا لم يكن لهم أموال فقد قرر الفقهاء أن يثبت ما وجب عليهم فى الذمة حتى اليسار .

أما على رأى جماعة من المالكية فقد جاء فى قوانين ابن جزىء مانصه :

« وأما الصبى الذى لا يعقل فلا شىء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء » .

وعلى هذا الرأى يكون الصغير غير المميز لا مسئولية عليه لفقدانه الإدراك، سواء أكان إتلافه مباشرة أو تسبباً وتكون المسئولية على وليه[1]

---

(١) الولى فى الفقه الاسلامى هو انسان راشد يقوم بالرعاية على قاصر (أو من فى حكمه من ناقصى الاهلية أو فاقديها) ويدير شئونه الشخصية أو النفسية .

أو القيم عليه إذا نشأ عن تقصيرهم أو إهمالهم فى حفظه أو إغرائهم بإتلاف أو إضرار بحقوق الآخرين .

ما ذكرناه فى الرأى الأول رأى الجمهور فى حال المباشرة، أما فى أحوال الاضرار تسبباً من عديمى التمييز فلابد لوجوب المسئولية من التمييز والإدراك لدى الفاعل .

وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء صراحة إلا أنه يستند إلى اشتراطهم التعمد فى ترتب التبعة فى الاضرار تسبباً وقاعدتهم هى : « المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » والتعمد يراد به التعدى ، ودليلنا على ذلك ما ورد فى الباب الحادى عشر فى إتلاف مال الغير وإفساده مباشرة وتسبباً من كتاب مجمع الضمانات قال المؤلف :

« المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا، إلا إذا كان متعدياً فلو حفر بئراً فى ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، ولو فى غير ملكه ضمنه ذكره فى الأشباه..(ولو) وضع شيئاً على طريق العامة فعثر به انسان فسقط وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه يضمن وهو الصحيح...(ولو ان) رجلا تقدم إلى خزاف يبيع الخزف فأخذ غضارة بإذنه لينظر فيها فوقعت من يده على غضارات أخر فانكسرت لا يضمن قيمة التى أخذها لأنه أخذها بإذنه ويضمن قيمة ما سواها لأنه تلف بفعله بغير إذنه[1] » .

يلاحظ أن التعدى للحدود الشرعية قد يكون بقصد الاضرار وقد يكون بغير قصد الاضرار ، لهذا فإن التعبير الوارد فى قاعدة التسبب المذكورة يكون غير سديد لا سيما فى قاعدة ، لأنه يوهم بأن المراد القصد لا التعدى .

---

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٤٦

أما إذا كان مراد الفقهاء من لفظ التعمد القصد فإنه يكون لا بد لوجوب المسئولية فى أحوال التسبب من التمييز والإدراك عند الفاعل .

وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء بوضوح لكنه يستند إلى أمثلة وردت فى كتب الفقه تؤيده ولا تفهم إلا به مثل قولهم فى كتاب المبسوط:

لو « سار الصبي على الدابة فأوطأ إنسانا فقتله ، فإن كان هو ممن يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وإن كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها ، فدم القتيل هدر [1] » .

فدم القتيل هدر فى الصورة الثانية لأنه صغير لا يستمسك عادة على الدابة ولا يملك التمييز والفهم اللازم لذلك ، وهو لذلك لا يملك التعمد والقصد المشترط فى كل ضرر حصل تسبباً حسبما جاء بالقاعدة القائلة :

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

كما يستند إلى القياس العكسى الذى يمكننا أن نستنتجه من مجلة الأحكام العدلية عن ضمان الصبى فى المادة ٩١٦ ونصها :

« إذا أتلف الصبى مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وإن لم يكن له مال ينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه » .

وذلك لأنها وردت فى باب الإتلاف مباشر فقط .

كما أن هنالك أمثلة لا يمكن أن تفسر إلا بذلك .

من الأمثلة .

« صبي ابن تسع سنين سقط من سطح أو غرق فى ماء قال بعضهم: لا شيء على الوالدين لأنه ممن يحفظ نفسه وإن كان لا يعقل أو كان أصغر سناً قالوا : يكون على الوالدين أو من كان الصبى فى حجره الكفارة لترك الحفظ » .

---

١ – يراجع كتاب المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٧

« وأن سير الصبي الدابة فوطئت إنساناً فقتلته فالدية على عاقلة الصبي إلا أن يكون الصبي لا يستمسك فهدر ، ولو كان الرجل راكباً فجعل صبياً معه فقتلت الدابة إنساناً فان كان الصبي لا يستمسك فالدية على عاقلة الرجل فقط وإلا فعلى عاقلتهما » (١) .

(٢) حمل صبياً على دابة كان هذا سبباً للتلف فان سقط منها وهى واقفة وسارت بنفسها ضمنه عاقلة الحامل لأنه صار بمنزلة صاحب العلة وإن ساقها الصبي وهو بحيث يصرفها انقطع التسبب بهذه المباشرة الحادثة (٢) .

(٣) « صبيان يرمون لعبا فأصاب سهم أحدهم عين امرأة وهو ابن تسع سنين أو نحوه فالدية فى مال الصبي ولا شىء على الأب وان لم يكن له مال فنظرة الى ميسرة قال أبو الليث وانما أوجب الدية فى مال الصبي لأنه لا يرى للعجم عاقله وأما اذا كان للصبي عاقلة وثبت بالبينة فعلى عاقلته ولو شهد الصبيان أو أقر الصبي لم يجب على احد شىء » (٣) .

(٤) « أن الأب اذا أمر ولده الصغير أن يقتل شخصاً فقتله فان الأب يقتل به دون ولده الصغير ... فلو كان الولد كبيراً قتل وحده » (٤) وغير ذلك من الأمثلة كثير .

هذا ، وعند الحنفيين إذا أتلف الصبي مال الغير بأمر الغير كان عليه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧١
(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨١
(٣) مجمع الضمانات ص ١٧٠
(٤) الخرشى ج ٨ ص ١٠

ضمان الضرر ولكنه يرجع بما دفعه على الآمر [١] . فيكون هذا الآمر مسئولا عن عمل الصغير ، لأن أمره بالقياس إلى الصبي شبيه بالإكراه .

ومما جاء فى كتبهم :

« الآمر لاضمان عليه إلا فى ثلاث وزاد ابن نجيم رابعاً هوما إذا أمر الأب ابنه » .

« وكذا لو أمره بحمل شيء أو كسر حطب بلا إذن وليه ولو لم يقل

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥٨ وص ١١٣
يراجع أيضا جامع الفصولين ج ٢ ص ٨١ و ٨٢
يراجع رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٨٦ ومجمع الضمانات ص ١٦٢

يراجع الزيلعى على الكنز ج ٦ ص ١٥٩ والفتاوى الخانية ج٣ ص ٤٨٣ .
يراجع الخرشي على المختصر ج ٨ ص ١٠ جاء فيه : « ان الأب اذا أمر ولده الصغير أن يقتل شخصا فقتله فان الأب يقتل به دون ولده الصغير سواء كان حرا أو رقيقا ... ويعاقب الأب وكذا المعلم اذا أمر ولدا صغيرا بقتل شخص فقتلـه .

يراجع المحلي لابن حزم ج ١١ ص ١٧ جاء فيه (ان من استعان صبيا فأتلف شيئا لا يضمن الصبي — ومفهوم ما جاء بالصفحة ٢ أنه اذا أصاب الغلام شيء فان راعى من استعمله النظر للغلام فهو فعل خير لاضمان عليه لأنه محسن فيما أصابه مما لم يحسنه هو لقوله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » وان كان استعانته به من غير اذن أهل . واما اذا كان غير ناظر له فى ذلك فهو ظالم له ، ولكن ليس كل ظالم يضمن ديه المظلوم الا أن يباشر أو يأمر باكراهه وادخاله البئر مثلا ويموت فهو قاتل عمد يضمن وعليه القود) .

لى بل قال اصعدها (أى الشجرة) وانقض لنفسك أونحوه فسقط ومات فالمختار هو الضمان ،وقيل لا ضمان، .

أمر صبياً ليأتى له بالنار .. فجاء بهاوسقطت منه على حشيش وتعدت إلى الكرسى فاحترق يضمن الصبى ويرجع به على الآمر » .

ونقل عن القنية أنه لو أمر أحد صبياً ليأتى له بنارمن مكان، فجاءبها وسقطت منه على حشيش وتعدت إلى مال الغير فاحترق ، فالصبى ضامن ولكنه يرجع على الآمر بما ضمن .

وكذلك لو أمر الصبى بقتل رجل أو بحرق ماله أو بقتل دابة ،كان الضمان على عاقلة المأمور فى الحالة الأولى وعليه فى ماله فى الحالتين الأخيرتين وكان للضامن فى جميع هذه الأحوال أن يرجع على الآمر بما دفع .

المبحث الثانى

مسئولية الرقيب (عمن تحت رقابته) فى القانون :

وضع القانون على كل من تشترط عليه رقابةغيره من القصر ومن فى حكمهم كالوالدين والمربين ومعلمى الحرف مسئولية مفترضة عن أعمالهم التى تسبب ضرراً للغير وذلك لأن واجب الرقيب أن يرعاه ويحافظ عليه ويمنعه من ارتكاب أخطاء تضر بالآخرين فان قصر فى ذلك فان القانون خفف على المصاب عبء إثبات الخطأ واتخذ من وقوع الفعل الضار من بعض الأشخاص الذين يكونون فى رعاية غيرهم قرينة على تقصير الراعى فى واجب رقابته وجعل مسئولية الراعى مفترضة افتراضاً بمجرد توافر شروط وانطباق هذه القرينة .

فالتقنين المصرى توسع فى مسئولية المرء المفترضة عن أعمال من

يكونون فى رعايته ولم يقصرها على أفراد معينين على سبيل الحصر [١] ومثله السورى والليبى خلافاً للبنانى فانه قصرها على الأب والأم والمعلمين والمربين كالفرنسى فى المادة ١٣٨٤ وزاد الأوصياء [٢] .

ولقد نص كل من التقنين التونسى والمراكشى على ما يأتى :

« الأب والأم والأقارب الآخرون والأزواج يسألون عن الأضرار التى يحدثها المعتوهون وغيرهم من مرضى العقول المقيمين معهم ولو كانوا بالغين ما لم يثبتوا أنهم قاموا بالرقابة اللازمة على هؤلاء الأشخاص أو كانوا يجهلون أن مرض المعتوه يجعله خطراً أو أن الضرر راجع إلى خطأ من أصيب به ويسرى هذا الحكم على الأشخاص الذين يتكفلون بموجب عقد برعاية مثل هؤلاء المرضى ورقابتهم .

هذا ، ويشترط القانون لانطباق قرينة المسئولية ثلاثة شروط :

الشرط الأول : وجود شخص فى رعاية آخر أو تحت رقابة آخر .

الشرط الثانى : ارتكاب المرعى عملا غير مشروع أضر بالغير .

الشرط الثالث : وجود نص يفترض تقصير الراعى فى رقابة المرعى ومنعه من إتيان العمل غير المشروع .

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الراعى يعتبر مسئولا مسئولية مفترضة ولكن الراعى يملك دفع تلك المسئولية بإثبات عكس قرينة الخطأ أو قرينة السببية كأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة على القاصر أو من كان فى حكمه أو يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب

---

(١) تراجع المادة ١٧٣ من التقنين المدنى المصرى الجديد .

(٢) تراجع المادة ١٢٦ من التقنين المدنى اللبنانى .

بما ينبغى من العناية[١] .

هذا ، والمرعى لايخلو إما أن يكون مميزاً أو غير مميز ، فالذين ينعدم إدراكهم ووعيهم ويفقدون القدرة العادية على فهم أفعالهم وتقدير نتائجها فإن التقنين الفرنسى فى المادة ١٣٨٢ يشترط تمييزهم ولكن التقنين المصرى الجديد قد اشترط صراحة التمييز فى المادة ١٦٤ منه ، وكذلك كل من التقنين السورى والليبى ، إلا أن المشرع رأى فى الوقت ذاته أنه لا يصح مساءلة الراعى عن كل فعل يقع من المرعى وأنه لابد من تحديد أفعال الأخير التى يسأل عنها الراعى ، فجعل مسئولية الراعى المفترضه فى المادة ١٧٣ فقرة أولى قاصرة على الضرر الذى يحدثه المرعى للغير بعمله غير المشروع ونص صراحة على أن هذه المسئولية تترتب ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

هذا ، وإن كان التمييز شرطا لكى تكون إرادة الشخص إرادة عاملة مميزة فقد يمكن أن يأتى المجنون عملا إرادياً أو عمدياً كالقتل والسرقة والإتلاف ، ولكن إرادته لا تكفى لمساءلته جنائياً أو مدنياً لأنها إرادة غير عاقلة وغير مميزه ومثل المجنون الصغير غير المميز والمعتوه .

والواقع أن القانون لا يضع معياراً للتمييز الذى يكفى للمسئوليه التقصيرية ولكنه يصل إلى ذلك بافتراض التمييز فى كل انسان عادى . وتحديد الأشخاص الذين يستثنون من هذه القاعدة ، ويعتبرهم فاقدى التمييز هم :

---

(١) تراجع المادة ١٦٤ و ١٧٣ من التقنين المدنى المصرى الجديد ومثلها المادة ١٧٤ مدنى ليبى والمادة ١٢٦ مدنى لبنانى والمادة ٩٣/٨٥ من القانون التونسى والقانون المراكشى . والمادة ١٣٨٢ من القانون الفرنسى .

(١) الصغير الذى لم يبلغ السابعة .
(٢) المجنون أو المصاب بعاهة عقلية .
(٣) الواقع فى غيبوبة ناتجة عن مواد مخدرة فى حالات معينة[1] .

هذا والقانون العراقى تأثر بالفقه الاسلامى الذى يضمن عديم التمييز إذا أتلف شيئاً للغير مباشرة ولو لم يتعد ولا يضمنه فى حال التسبب لأنه لا يتصور منه التعـــدى القائم على الإدراك إلا أنه حور بعض الشىء بتسويته بين حالتى الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبباً فى إيجاب التعدى فى ضمان الإتلاف فى كل منهما .

جاء فى المادة ١٩١ من التقنين العراقى ما يأتى : —

(١) إذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

(٢) وإذا تعـذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ، إن كان صبياً غير مميز أو مميز جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

(٣) وعند تقدير التعويض العادل من الضرر لا بد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم .

ويظهر من هذا النص أن القانون العراقى غلظ مسئولية عديم التمييز بجعله مسئولا حتى فى حال الإتلاف تسبباً ولا يخفف هذه المسئولية من عديمى التمييز غير محاولة فهم المادة ٢٠٤ من القانون المدنى العراقى على أنها

(١) يراجع الدكتور سليمان مرقص المسئولية التقصيرية ج ١ ص ٧٣

تشترط لضمان اتلاف عديمى التمييز التعدى فى كل من حالتى المباشرة والتسبب وهو فى نظرى بعيد .

هذا . والقانون المصرى الجديد والسورى والليبى واللبنانى وحتى القوانين الغربية كالقانون الفرنسى والألمانى والسويسرى والبولونى وغيرها قد وضع على عديمى التمييز مسئولية استثنائية احتياطية فى أموال ضامنه(١) .

(موازنة بين فقه الشريعة والقانون)

فى مسئولية الراعى أو الرقيب :

١ — إن فقه الشريعة الإسلامية سهل قيام المسئولية عن فعل القاصرين ومن فى حكمهم من الذين هم فى حاجة إلى ان يكونوا تحت ولاية غيرهم من الناحيتين المالية والنفسية إذا حدث الفعل الضار من أحدهم مباشرة مميزا كان أو غير مميز فالضمان فى ماله ولا يشترط فقه الشريعة لقيام المسئولية على القاصر حصول خطأ أو تعد أو تعمد ولا يسأل من عليه القيام برقابته ورعايته عن فعل من تحت ولايته ولو ثبت إهماله بل ذهبت الشريعة إلى أبعد من ذلك فاعتبرت أنه ليس على أحد مسئولية عن خطأ غيره ولو ثبت أنه أمره بارتكاب الفعل الضار مادام المرتكب يميز بين النافع والضار وليس مكرها . خلافا للقانون فإنه يجعل الرقيب مسئولا عن خطأ من يتولى رعايته مسئولية قابلة للدفع باثبات عكس قرينة الخطأ المفترض .

٢ — أما فى حالة الإضرار بالآخرين من القصر ومن فى حكمهم تسببا

---

(١) يراجع المسئولية التقصيرية للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ٧٥

فانهم أيضاً مسئولون شخصياً فى أموالهم دون الرقيب إذا كانوا مميزين. أما فاقدو التمييز منهم فلا مسئولية تترتب على الأضرار التى تسببوا فيها من غير تعمد أو إدراك خلافا للقانون الذى يجعل المسئولية فى مثل هذه الحالة على الرقيب أيضاً ويفترض خطأه وتقصيره فى الرقابة ولا يميز فى ذلك بين القاصر المميز وغيره .

٣ — أما إذا كان من حدث منه اضرار بالآخرين فى حال التسبب من عديمى التمييز فانه لا ضمان عليه فى ماله لأن شرط التعدى والإدراك فى حالته مفقودة ومثل ذلك القانون لاشتراطه فى الخطأ توافر التمييز وهنا تظهر الحاجة إلى مساءلة غيره عنه لئلا يضيع على المصاب حقه .

فالقانون سهل على المصاب حقه بقبول فكرة مسئولية المرء عن فعل غيره من فاقدى التمييز من غير حاجة إلى إثبات التقصير فى الرقابة وافترض القانون خطأ الرقيب فى رقابته على تفاوت بين التشاريع الحديثة فى ذلك .

والشريعة الاسلامية قد لا ترفض للمصاب أن يطالب بالتعويض فى هذه الحالة ممن عليه الولاية على الصغير إذا استطاع أن يثبت تقصيره فى الحفظ مادام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه .[1]

---

(١) راجع جامع الفصولين ص ٨٢

راجع جامع الفصولين ص ١٧٣ جاء فيه :

« وذكر فى المنتقى رجل أعطى صبيا عصا أو شيئا من السلاح وقال امسكه لى فعطب الصبى بذلك فدية الصبى على عاقله الدافع » .

وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٧١ جاء ما يأتى :

« صبى ابن تسع سنين سقط من سطح وغرق فى ماء قال بعضهم لاشىء على الوالدين لأنه ممن يحفظ نفسه وان كان يعقل أو كان أصغر سنا قالوا يكون =

٤ — ولا يخفى من هذه الموازنة أن الشريعة الإسلامية قد سهلت على المضرور أمره بجعلها الضمان فى مال المباشر مطلقاً وفى مال

على الوالدين أو على من كان الصبى فى حجرة الكفارة لترك الحفظ » •
وجاء القانون الانجليزى قريبا من هذا المعنى •
يراجع كتاب سالمند فى قانون المسئولية المدنية ص٧١ ونصها •

See Salmonds Law of Torts (Fifth Edition)
Page 71 — (19 Minors)

"Aminor is in General liable of his torts in the same manner and to the same extent as an adult. In certain other branches of the law liablity is Excluded by the fact that the defendant is below a certain age. This, a child under seven years of age is exempt from all responsiblity for crimes committed by him. A child between the ages of seven and fourteen (14) is presumed to be incapable of criminal intent, thongh this presumption may be rebutted by proof to the contrary. A person under the age of twenty-one is in general free from all liability for breach of contract. In the Law of torts, however, there are no similar rules of exemption. Thus a child of any age may be sued for tresspass to land or injury to property, and will be held liable in damages just if he were an adult".

وترجمة هذا النص باختصار :

« القاصر مسئول عن خطأه بصفة عامة بمثل مسئولية البالغ ، الا أنه فى بعض فروع القانون فانه يستثنى من المسئولية ، بسبب انه أقل من السن المحدد » • فالطفل أقل من ٧ سنة من عمره يعفى من كل مسئولية للجرم الذى يقع منه • والطفل بين سن ٧ الى ١٤ من عمره تفترض عدم أهليته =

المتسبب إذا كان مميزا من غير حاجة إلى إثبات خطأ أو أمر خطأ مفترض فى حال المباشرة وهى أكثر حدوثا .

* * *

= للقصد الاجرامى — وان كان هذا الافتراض من الممكن اثبات عكسه — ومن كان عمره أقل من ٢١ سنه لايكون مسئولا عن نقضه عقدا .

فى قانون المسئولية المدنية — على أى حال — ليس هناك أساس للاستثناء ، فالطفل من أى عمر يواخـذ على أى ضرر يلحقـه بالأرض أو ممتلكات الغير ويعتبر مسئولا كالبالغ » .

الفصل الثاني

مسئولية المتبوع عن التابع

تمهيد

هل هنالك أحكام خاصة بمسئولية السيد والمخدوم عن الأضرار التى يلحقها الخادم بالغير فى التشريع الاسلامى مثل الأحكام الخاصة بذلك فى القوانين المدنية الوضعية ؟ وهل يسأل السيد فى الشريعة كما يسأل فى القانون وفقا للقواعد العامة عن خطأ التابع إذا ثبت أن المخدوم أساء اختيار تابعه أو خادمه أو أنه أخطأ فيما أصدره إليه من أوامر أو قصر فى رقابته أم لا يسأل ؟

هذا ما سنحاول دراسته فى هذا الفصل مع أخذنا فى الاعتبار أن المتبوع بوجه عام قد يكون فردا عاديا وقد يكون شخصاً معنوياً كالدولة والمؤسسات العامة وشبهها .

المبحث الأول

شروط وأساس مسئولية المتبوع :

فى فقه الشريعة يشترط لهذه المسئولية ما يأتى :

(١) أن يكون هنالك عقد يقتضى أن يسلم الأجير الخاص منافعه لصالح المؤجر . ويكون العمل الذى يؤديه مشروعاً يقتضى أن يطيع فيه المؤجر ويمتثل أمره .

(٢) وقوع ضرر يصيب الغير بسبب تأديته الوظيفة فى غير محل

وظيفته مباشرة أو تسبباً(١) .

أما فى القانون فإن المتبوع مسئول عن الضرر الذى يحدثه تابعه إذا وقع منه الإضرار بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها وتوفرت الشروط الآتية :

(١) وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع تجعل للمتبوع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه .

(٢) وقوع خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها(٢) .

أساس مسئولية المتبوع فى فقه الشريعة والقانون :

يرى بعض رجال الفقه القانونى أن أساس مسئولية المتبوع هو خطأ مفترض فى جانب المتبوع بسبب سوء فى الاختيار ، أو تقصير فى الرقابة ، أو إهمال فى التوجيه أو خطأ فيها جميعاً ، وهذا الخطأ المفترض لا يقبل عندهم إثبات عكسه وقد هجر هذا الرأى لأن المسئولية لا تقوم على خطأ .

ويرى بعضهم أن أساسها ينبنى على نظرية تحمل التبعة لأن المتبوع يفيد من نشاط تابعه فعليه تقع تبعة هذا النشاط وقد ترك هذا الرأى لأنه لا يتفق وحق المتبوع فى الرجوع على التابع .

ويرى بعض آخر أن أساسها النيابة لأن التابع ينوب عن المتبوع نيابة قانونية وقد لوحظ على هذا الأساس أن النيابة لا تكون فى الأعمال المادية

---

(١) المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٣١

(٢) يراجع مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ٥٤٩

وقول رابع يرى أن أساسها الحلول لأن التابع يحل محل المتبوع بحيث أنه إذا ارتكب الأول خطأ فكأنما ارتكبه المتبوع ، وخطأ هذا الرأى يتلخص فى أنه يحتفظ بفكرة الخطأ فى نطاق هذه المسئولية .

ورأى خامس يقول بأن أساسها الضمان لأن المتبوع يضمن تابعه فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بضرر أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ، وهو الرأى الصواب [١].

وعليه فان المسئولية التقصيرية تقوم على أساس من الضمان وتتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز لأن القانون هو مصدر الضمان الذى تقوم عليه هذه المسئولية ولأن المتبوع ليس فى مقام المسئول عن فعل نفسه وإنما يسأل عن فعل غيره وهو التابع[٢] .

هذا ، وفى العادة التابع هو شخص يختاره المتبوع ليقوم له بعمل ما وقد لا يكون المتبوع حراً فى اختيار تابعه إلا أنه يتمتع بالسلطة الفعلية عليه فى رقابته وفى توجيهه وله مصلحة فى استخدامه .

ونظراً لأن للمتبوع حق إصدار الأوامر للتابع وتوجيهه فى أداء ما يستخدمه فيه ، ونظراً لأنه كثيراً ما يكون أمر المتبوع إكراهاً يقهر التابع على أن يقوم بفعله ولو من غير رضاه أو يفعله بسبب خوفه من المتبوع ، رأيت أن أضع بين يدى القارىء مبحثين أحدهما فى مسئولية المكره والآخر فى مسئولية الآمر وذلك لأهميتهما فى فهمنا لمتى يكون المتبوع ضامناً ومتى يسقط عنه الضمان .

---

(١) تراجع المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى .

(٢) يراجع كتاب مصادر الالتزام لاستاذنا الدكتور الصدة ص ٥٤٧ فما بعدها .

المبحث الثانى

مسئولية المكره فى الشريعة والقانون

المكرِه فى الشريعة هو الذى يحمل غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الاكراه لولا تخويف المكره وغلبة ظن الغير أنه يقع عليه ما هدد به .

والشخص لايكون مكرِها مالم يحمل غيره على فعل شىء قهراً من غير رضاه خلافاً لفخر الإسلام من الحنفية الذى يرى أن الإكراه يتحقق(١) مع الرضا ، ويعنى برأيه هذا الإكراه الأدبى الذى لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

أما المكرِه فى القانون فهو الشخص الذى يضغط على غيره ضغطاً يؤثر على إرادته فيندفع إلى فعل أمر يمنع منه القانون ، ويتفق القانون مع الشريعة بهذا التعريف لأن الشخص يكون مكرِها فى القانون إذا استعمل بقصد وسائل الإكراه التى من شأنها أن تهدد بخطر جسيم محدق سواء وقع على نفس المكره أوماله أو أحد أقاربه أو أوجد رهبة فى نفس المكره تحمله على فعل ما أكره عليه لتصوره أن خطرا جسيما يتهدده .

معيار الإكراه :

صرح الفقهاء بأن الاكراه معياره نفسى وهو ما يحدث فى النفس من خوف وتأثير إن لم يتحقق وقوع الضرر ، بل يكفى مجرد غلبة الظن .

---

(١) يراجع أصول الفقه طبعة ثانية سنة ١٩٦١ للاستاذ الشيخ البرديسى ص ١٤٦

وأكثر القوانين الوضعية الحديثة تطبق المعيار النفسى لأنها تنظر إلى حالة الشخص من حيث تأثره بالرهبة والخوف وتقدر حالته من حيث جنسه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه [١] .

هذا والمكره فى الشريعة يكون مسئولا عن فعل من أكرهه إذا كان الإكراه الذى حصل منه قد توافرت [٢] شروطه وكان بدون حق .

---

(١) تراجع المادة ١٢٧ من القانون المدنى المصرى الجديد .
وتراجع المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) ان شروط الاكراه عند الاصوليين هى :
(أ) أن يكون المكره متمكنا من ايقاع ما هدد به .
(ب) أن يقع الاكراه فى نفس المكره مع عجزه عن الهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .
(ج) أن يتضمن الأمر اتلاف نفس المكره أو عضوه أو ماله أو الحاق ضرر بمن يهمه أمره .
(د) أن يمتنع المكره عن الفعل المكره به قبل الاكراه أما لحقه أو لحق غيره أو لحق الشرع .
(هـ) أن يكون المهدد به أشد خطرا مما حمل عليه .
(و) أن يترتب على فعل ما أكره عليه الخلاص مما هدد به خلافا للحنابلة .
(ز) أن يقع فى نفس المكره أن المكره سينفذ ما توعده به ، وانه عاجز عن الخلاص بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .
(ح) ألا يفعل المكره ما يخالف ما أكره عليه أو يزيد أو ينقص على المطلوب منه خلافا للمالكية .
(ط) أن يكون المكره عليه شيئا معينا وواحدا لا أحد شيئين خلافا للمالكية والحنفية .

وكان المكره ذا قدرة على تنفيذه ، وخاف المكره متأثراً به خوفا ينفي رضاه .

هذا ، وجمهور الفقهاء: مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي وداود الظاهري وأتباعهم جميعاً وغيرهم قالوا :

« بأنه لا عبرة بالتصرفات القولية التي تجرى تحت تأثير الإكراه ، وأن من أكره على شيء منها ولم ينوه مختاراً له فانه لا يلزمه .

ولا فرق في ذلك عندهم بين أنواع التصرفات الفعلية والقولية، سواء منها ما كان قابلا للفسخ قابلا للشراء والإجارة والهبة وأشباهها ،أو ما كان غير قابل للفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق .

أما الحنفية فقد فرقوا في التصرفات بين ما يقبل الفسخ وما لا يقبله، فان ما يقبل الفسخ إذا جرى بتأثير الإكراه لم يصح كالبيع والشراء والإيجار والهبة ، أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق فهذه شذوا فيها عن الجمهور فقالوا بصحتها ، وإن جرت تحت تأثير الإكراه ، والصحيح هو رأي الجمهور، لأنه لا يقبل أن يكون الزواج او الطلاق بالإكراه صحيحا، لأن النية شرط فيهما ، ولا يخفى ما في رأي الأحناف من الخطر على كيان الأسرة . »

والإكراه ذو علاقة بالتصرفات الفعلية ، والإكراه الملجيء بالذات يعتبر عند الفقهاء نافياً للضمان على الفاعل وإن كان جماعة من الفقهاء ذهبوا إلى أنه لا إكراه إلا في الأقوال ، أما الأفعال فلا إكراه فيها سواء ذلك في :

١ — الفعل الذي تعلق به حق الغير كالإكراه على القتل والزنا وإتلاف المال .

٢ — أو الفعل الذى تعلق به حق الله كالإكراه على شرب الخمر وأكل الميتة والسجود لغير الله .

٣ — أو الفعل الذى تعلق به حق المكره فقط كالإكراه على شيء مباح علق المكره عليه طلاق إمرأته فقد نقل عن بن حبيب من المالكية تحنيث من فعل شيئاً مكرهاً وكان قد علق عليه يميناً لأن الإكراه لا يقع فى الأفعال .

فابن مسعود لم يذكر من المكره عليه إلا القول فدل هذا عندهم على أنه لا يتحقق الإكراه إلا فى القول لأن التخصيص بالذكر يدل على نفى الحكم عما عداه (وإن كان يحتمل أن يكون ما ساقه ابن مسعود قد ساقه على سبيل التمثيل وهو يريد أن الفعل فى حكم القول) .

وذهب الظاهرية إلى صحة الاكراه فى الأفعال التى تحل[١] بالاضطرار كأكل الميتة وشرب الخمر والسجود للصنم وما إلى ذلك .

أما الأفعال التى لا تحلها الضرورة كالقتل والزنا وإتلاف مال الغير وكل ما فيه تعد على الغير فى النفس أو العرض أو المال ، فهذه لا يتحقق الإكراه فيها . فالأفعال التى تضر بالغير لا يتحقق فيها الإكراه عند الظاهرية ، لأنه لا يجوز للإنسان أن يدفع أن الضرر عن نفسه بإضرار غيره وهذا الرأى يقول به جمهور المالكية . قال ابن رشد : « الإكراه على الأفعال إن كان يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والنصب فلا خلاف فى أن الإكراه غير نافع فى ذلك » ، وهذا المعقول من الاستدلال لا يقف على قدميه أمام

(١) يراجع الاكراه بين الشريعة والقانون للاستاذ البرديسى من مجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى (السنة الثلاثون) ص ٣٧٧ .

قوله تعالى : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ... الخ » فالآية بإطلاقها صريحة فى الترخيص للمكره أن يكفر بالقول والفعل إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان .

وعليه فرأى الجمهور هو الراجح ، لاسيما وأن الله تعالى أباح كثيراً من الأفعال المحرمة حال الضرورة . قال تعالى : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

فلو قال أحد لآخر اتلف مال فلان وإلا قتلتك أو أقطع أحد أعضائه، وفى ذلك يكون هذا الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط[١] .

فالإكراه الملجىء عند الحنفيه فى إتلاف الأموال هو الإكراه التام النافى للضمان عن المأمور المكره ، ويكون الضمان على الآمر المكره وحده .

لأن المتلف هو المكره «بالكسر» من حيث المعنى وإنما المكره «بالفتح» بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثاراً وارتضاء وإن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكره « بفتح الراء » لأن الاكراه الناقص لا يجعل المكره «بالفتح» آلة المكره «بالكسر» لأنه لا يسلب الاختيار أصلا[١] .

---

(١) تراجع المادة ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية .
وفى هذه المسألة خلاف يرجع اليه فى بحث الاكراه للاستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسى بمجلة القانون (العدد الثانى السنة الثلاثون) .
يراجع البدائع ج ٧ ص ١٧٩
يراجع المبسوط ج ٢٤ ص ٥٦
تراجع الهداية ج ٣ ص ٢٢١ ـ ٢٢٤

ولو أكره شخص آخر على إحراق أثاث منزل الثالث، فإما أن يكون هذا الإكراه تاما أو ناقصاً، فان كان الاكراه ناقصاً فالحكم الأخروي عدم الترخيص للمكرَه بفعل ما أكره عليه لانتفاء الضرورة التي بسببها يستباح مال الغير وهذا عند الشافعية.

أما الحكم الدنيوي فالضمان على المكره «بالفتح» عند الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والمالكية، لأن الاكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلا فلم يكن المكره آلة للمكره فكان الإتلاف من المكره «بالفتح» موجباً للضمان عليه.

وأما إذا كان الإكراه تاماً فالحكم الأخروي الترخيص للمكرَه للضرورة عند الشافعية والحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم وعند المالكية عدم الترخيص لتعلق حق الغير به ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار». أما الحكم الدنيوي أيضاً فللفقهاء في ضمان ما أحرق أقوال: —

القول الأول: يوجب الضمان على المكرِه والمكره، وهذا عند جمهور الشافعية لأن الإتلاف صدر من المكرَه حقيقة من غير واسطة ومن المكره بالتسبب، والمباشرة والتسبب في الفعل سواء فاستويا في إيجاب الضمان حيث لا فارق بين الصدور الحقيقي والسببي للفعل.

= يراجع الزيلعي على الكنز ج ٥ ص ١٨١ — ١٨٧
يراجع المجموع ج ٩ ص ١٥٩.
يراجع الخرشي ج ٣ ص ١٧٥
تراجع القوانين الفقهية ص ٢٢٨
يراجع المغني ج ٥ ص ٢٧٣ و ج ٨ ص ٢٥٩
يراجع المحلى ج ٨ رقم ١٤٠٣ — ١٤٠٦

القول الثانى : يوجب الضمان على المكرِه ، وهذا القول عند الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية ، لأن المكرَه مسلوب الإرادة وما هو إلا آلة للمكرِه ولاضمان على الآلة اتفاقاً .

القول الثالث : يوجب الضمان على المكره « بالفتح »، وهذا القول عند المالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة ، لأن المكرَه على إتلاف المال للغير كالمضطر إلى أكل طعام الغير بجامع الإباحة فى كل ، فكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المكره « بالفتح » .

ويقول أستاذنا البرديسى : « إن إتلاف مال الغير لايباح الإقدام عليه خصوصاً عند المالكية والظاهرية الذين يستدلون بهذا القياس ، أما أكل طعام الغير عند الاضطرار فهو مباح ، لذلك كان هذا القياس قياساً مع الفارق .

وكما استدلوا بهذا القياس الذى ظهر فساده استدلوا بأن المكره « بالفتح » هو المباشر للإتلاف والحامل متسبب فيه ويقدم المباشر على المتسبب فى حالة الاختيار ، لأنه أقوى ، أما فى حالة الإكراه فالأجدر بالتقديم المتسبب لأنه الأقوى » .

على أن دعوى التعدى هنا لا يسلم بها الخصم ، لأن الإقدام على اتلاف مال الغير مباح عند حالة الاضطرار ، فهو مع فرض صحته دليل غير ملزم.
ومما سبق يظهر لك رجحان الرأى القائل بوجوب الضمان على المكره لأنه هو الذى سلم دليله[1] .

---

(١) الاكراه للاستاذ البرديسى ص ٥٥ جاء فيه :
« موقف القانون من الاكراه على احراق أثاث المنزل : =

المبحث الثالث

مسئولية الآمر فى فقه الشريعة:

الآمر هو من يأمر غيره على جهة الاستعلاء بأن يعمل عملا فى ملكه هو أو فى ملك الغير . بصيغة الأمر أو بغيرها، والأمر فى اصطلاح الفقهاء هو طلب فعل الشيء بجزم دون إكراه والمأمور به لا يخلو من أن يكون جائزا فعله أو غير جائز[1] .

فإذا كان الأمر المأمور به الغير عملا فى ملك الآمر ، فلا ضمان على المأمور ؛ لأنه مأذون له فى العمل إذنا صريحا ، والإذن يبيح التصرف فى ملك الآخر .

= المكره على ولاحراق اكراهـا تاما أو ناقصـا اذا استثنينا التهديد بأتلاف المـال معفى من العقوبة لأنه اكراه معنوى والاكراه المعنوى لا عقوبة عليه بنص المـادة ٦١ من قانون العقوبات وانمـا العقوبة على المكره كما ذهب الى ذلك شراح القانون لهذه المـادة .

أما موقف القانون من ناحية المسئولية المدنية فالمكره والمكره مسئولان عن تعويض الضرر الناشيء عن الاحراق لان كلاهما تسبب بخطئه فى وقوع الضرر . اذ الخطأ يتحقق بكل عمل يأتى به الانسان وكان ينبغى عليه أن يتجنبه ـ وذلك طبقا للمادة ١٦٣ مدنى التى تنص على أن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » والمادة ١٦٩ مدنى تنص على أنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

(١) يراجع كتاب أصول الفقه للأستاذ البرديسى ص ٤١٦

أما إذا كان العمل المأمور به فى ملك الغير ، فلا عبرة بالأمر بالتصرف فى ملك الآخرين ، إذ الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل شرعا » .

لأنه « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق[١] » قال الفقهاء ما لم يكن الآمر سلطانا أو حاكما ظالما والمأمور يعلم ويخشى إن لم يفعل المأمور به قتله السلطان أو الحاكم ، فإنه يجوز له حينئذ فعل المأمور به ولا ضمان عليه ، لأنه مكره ، وقد نصوا فى ذلك على أنه :

« إذا أمر إنسان أن يأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح وفى كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر . . كما نصوا أن « ما حرم فعله حرم طلبه » .

وإذا كان المأمور به جائزا فعله كطاعة ولى الأمر والوالدين والسيد كان فعل المأمور كفعل الآمر ، فقد نصوا على أنه « إذا أمر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الآمر » وذلك إذا نفذه بقصد الامتثال والطاعة ولم يتعد . فالمأمور هنا غير ضامن وواضح أن عدم تضمينه استثناء من قاعدة المباشر ضامن ولو لم يتعد لأنه معذور فى طاعة ولى الأمر أو الوالدين وأصبح كالآلة فى أيديهم ، فلهذا ينتفى وصف التعدى عنه وتكون المسئولية على من أمره .

وجاء فى القواعد الكلية(١) :

« إن الآمر لا يضمن بالأمر » .

---

(١) رواه أحمد فى صنده من حديث عمران والحكم .
يراجع مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٣٦
(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ١١٣

وجاء فى المجلة العدلية(١) :

« يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا » .

فإذا أمر شخص مثلا آخر عاقلا بالغاً بأن يقتل إنسانا أو أن يتلف مالا للغير ، فالضمان على الفاعل ولا شيء على الآمر ما لم يكن الآمر مكرها للغير على الفعل المذكور .

فالمأمور مسئول حتى وإن كان من لحق به الضرر هو الآمر نفسه(٢) .

فمثلا لو أمر شخص آخر بأن يضع حجرا فى الطريق العام ثم عثر به الآمر وعطب فالضمان على واضع الحجر(٣) .

وكذا لو قال لآخر : اشرع جناحا من ذلك أو ابن دكانا على بابك فعطب به الآمر أو غلامه .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٩

(٢) « أ » يراجع رد المحتار ج ٥ ص ٢٠٨ و ٢٠٩ جاء فيه :
« الآمر لا ضمان عليه بالأمر الا فى ستة « اذا كان الآمر سلطانا أو أبا أو سيدا أو المأمور صبيا أو عبدا أمره باتلاف مال غير سيده واذا أمره بحفر باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر » .
«ب» ويراجع الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٥ فقد جاء فيه :
« اذا أفتاه أهل الفتوى باتلاف ثم تبين خطؤه فالضمان على المفتى والموظف فيما يفعله بأمر من هو فى واجب طاعة كالمستفتى والمفتى بملاحظة ضابط صحة الأمر وكلاهما مغرور أو معذور أو مأذون » .

(٣) يراجع مجمع الضمانات ١٨١ .

وكذا لو بنى المأمور للآمر بأمره ثم عطب به الآمر ، ضمن المأمور والعلة فى وقوع التبعة على المأمور دون الآمر هو أن الأمر إذا لم يكن من نوع الإكراه لا يؤثر فى اختيار الفاعل وإرادته والعمل الذى أمر به وقع منه طائعا مختارا مباشرة وهو مكلف من قبل الشارع بعدم الإضرار بالآخرين والشريعة لا تجيز للمأمور المكلف أن يطيع أحدا فى محرم أو مكروه ، لأنه « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق »(١) .

والقاعدة الشرعية تقول :

بتقديم المباشر على المتسبب ، وتقديم المتسبب الأقرب على المتسبب البعيد .

وهذا التعليل يستتبع مسئولية الآمر إذا كان مكرها للمأمور ، أو كان أمره شبيهاً بالإكراه بحسب العادة كأمر السلطان أوأمر المسئول فى الدولة لعماله وأمر السيد لعبده والمؤجر لأجيره .

تنفيذ الأمر الصادر من السلطان ، أو من فى حكمه وغيره :

يذهب الحنفية إلى أن من نفذ أمرا صادرا إليه من الغير باتلاف نفس الغير أو ماله غير مسئول عن أعماله المباشرة ويخالف بذلك القانون المدنى المصرى الجديد فى المادة ١١٧ من حيث التعميم فهو يعمم هذه الحالة فيجعلها تشمل كل من صدر له أمر من الغير ، بينما يخصها القانون بالموظفين العموميين على أن يكون الأمر صادرا من رئيس واجبة طاعته .

ويفرق المذهب بين أمرين :

الأمر الاول : إذا كان الأمر صادراً من سلطان أو من يمثله فان مجرد

---

(١) رواه أحمد فى مسنده من حديث عمران والحكم بن عمرو والبخارى

الآمر يعفى من المسئولية إذا ما قام بالتنفيذ ويجب الضمان على الآمر فقط .

الآمر الثانى : إذا كان الأمر صادراً من غير سلطان فإنه لا يعفى من المسئولية بشرط أن يكون الأمر صحيحاً مشروعاً وصدر من عاقل بالغ بالفعل وبشرط أن يعتقد المأمور مشروعية المأمور به وفى هذه الحالة يعفى المأمور من المسئولية .

وإذا كان المأمور صبياً غير مميز، أوكان مجنوناً فإنه يعفى من المسئولية مطلقاً ويكون الضمان على غيره . جاء فى مجمع الضمانات ما نصه : « رجل قال لصبى محجور أصعد هذه الشجرة وانفض لى ثمارها، فصعد الصبى وسقط وهلك كان على عاقلة الآمر دية الصبى ، وكذا لو أمره بحمل شىء ، أو كسر حطب يضمن »[١] .

ويذهب الشافعية بأن من أمر (وكان عاقلا بالغاً) بإحداث فعل ضار بالغير نفساً أو مالا فالضمان على الآمر سلطانا كان أو غير سلطان إلا إذا تجاوز المأمور ما أمر به وكان الأمر صحيحا شرعا ، فإن كان المأمور به غير مشروع فالضمان على المأمور .

ولا يفرق المذهب بين الموظف العام وغيره فى الإعفاء من المسئولية المدنية ، بل إن الحكم عنده عام[٢] .

والمذهب المالكى بوجه عام يرى أن من يعتبر أمره إكراها فإن الضمان يكون عليه وحده والمأمور يعاقب زجراً لأنه وإن كان مضطراً إلى الفعل ، إلا أن هذا الاضطرار لا يبيح له المحرم .

---

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٥٦

(٢) الام جـ ٦ ص ٧٦ — ٧٧

حاشية البجيرمى على شرح المنهج جـ ٤ ص ٤٤٢

وقال ابن جزىء : « إذا كان الآمر فاسدا فإن الضمان إنما يكون على المأمور فقط » .[١]

والمعتمد فى المذهب المالكى أنه يرى الضمان على المكره والمكره[٢].

والمذهب الحنبلى يشترط فى إعفاء المأمور من المسئولية أن يكون الأمر صحيحا ولا فرق لديه بين أن يكون الآمر له سلطان أو ليس له سلطان ، ويكون الأمر صحيحا عندهم إذا صدر الأمر من عاقل بالغ ، وكان المأمور يعتقد أن المأمور به مشروع كأمر السيد لعبده[٣] .

تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس فى القانون :

وأما فى القانون فإن المأمور هو الشخص الذى ينفذ أمرا صدر إليه من رئيس طاعته واجبة فعلا أو يعتقد المأمور وجوبها .

وعلى هذا التعريف فإن القانون يرى إطاعة أمر الرئيس رخصة للموظف تجعل تصرفه — وإن كان تعديا — أمرا مشروعا لا يوجب على المأمور مسئولية إذا توفرت الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون قد صدر (من المأمور) تصرفه وهو موظف عام .

الشرط الثانى : أن يكون قد صدر إليه أمر من رئيس تجب طاعته ولو كان الأمر غير مباشر فنفذه .

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزىء المالكى ص ٣٣٠
(٢) يراجع ابن رشد فى البداية ج ٢ ص ٣٨٨
(٣) يراجع المغنى ج ٩ ص ٤٧٨ و ج ١ ص ٤٧٩

الشرط الثالث : ان يثبت أن الموظف كان يعتقد مشروعية الامر وأنه راعى جانب الاحتياط فى تنفيذه .[١]

المبحث الرابع

مسئولية الدولة عن عمالها

المطلب الأول :

ضمان الدولة عن عمالها فى فقه الشريعة :

الدولة تكون مسئولة فى بيت مالها عن الأضرار التى تلحق الغير من عمالها بسبب تأدية وظائفهم ، إذا كان ما فعلوه أو امتنعوا عن فعله بأمر أو بإكراه من الرئيس المسئول فى الدولة قياسا على أمر السلطان ، والسلطان كل من كانت له السلطة أو الولاية على الرعية .

أو كان ذلك الفعل أو الامتناع عنه بأمر من يخافه المأمور ويخشى منه إن لم ينفذ أمره ، وذلك لأن أمره بمنزلة الاكراه فينطبق عليه حكم الأكراه بالتمام . ومن الأمثلة على ذلك :

أن يقتل الجلاد رجلا بأمر الإمام ظلما وهو جاهل بأنه ظلم ، فالضمان على الإمام لا على الجلاد .[٢]

هكذا عند الشافعى يكون الضمان على المكره الآمر وحده .

---

(١) يراجع الوسيط ج ١ ص ٧٨٢ للسنهورى .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٩ .

أما فى المذهب المالكى فبعضهم يرى وجوب الضمان على المكره وحده الا إذا كان عديما فالضمان حينئذ يكون على الآمر المكره .

ولكن الرى المختار عند المالكية يقول بتضمن المكره والمكره معا .

والمذهب الظاهرى البائد يجعل الضمان على المأمور المكره وحده لأن الإكراه فى هذا المذهب لا يبيح افساد المال[1] .

أما الإكراه فى الجنايات على النفس إذا كان القاتل مكرها على القتل أى مأموراً ممن يلزمه طاعته كالسلطان أو ممن يخافه فالقصاص على المكره والمكره أو الآمر والمأمور معا عند مالك وأحمد بن حنبل وعند الشافعى فى إحدى الروايتين عنه ، وعند أبى حنيفة على الآمر وحده ، وكذا عند صاحبه محمـــد بن الحسن والشافعى فى الرواية الثانية عنه ، وأما عند زفر من أئمة الحنفية فعلى المأمور دون الآمر وكذا فى المذهب الظاهرى ، أما أبو يوسف فقد قال بأنه لا قصاص على واحد منهما[2] .

---

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٤ .
وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢
والخرشى ج ٤ ص ٣٤٨
والحطاب ج ٥ ص ٢٧٨
والمحلى ج ٨ رقم ١٤٥٣

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ – ٣٣١
المحلى ج ٨ رقم ١٤٥٣
الوجيز ج ٢ ص ١٢٤
مجمع الضمانات ص ٢٠٤
الهداية ج ٣ ص ٢٢٤
البدائع ج ٧ ص ١٧٩ =

أما إذا لم يكن إكراه أو أمر فقد يكون صاحب السلطة مسئولا مثال ذلك ما روى عن أبى بكر وعمر بن عبد العزيز : أنهما كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج عن أعمال الموظفين .

روى أبو يوسف أن رجلا أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز وقال له: «يا أمير المؤمنين زرعت زرعا فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه» .

فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم[١] » .

وقد يكون صاحب السلطة غير مسئول، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان يقتص من عماله ويقول كلاماً معناه :

« إنى لم آمرهم بالتعدى ، فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لى » .

وعلى هذا القول مايفعله العامل أثناء عمله ويسبب اضرارا بالآخرين يعتبر جناية منه يؤاخذ عليها شخصياً[٢] ولا تمنع مؤاخذته التأديبية أن يعوض المضرور من بيت مال المسلمين كما كان يفعل أبو بكر ما دام الضرر ناتجاً عن عمل الموظف أثناء تأدية وظيفته .

= الفروق للقرافى ج ٢ ص ٢٠٨

(١) كتاب الخراج لابى يوسف ص: ٦٨

وقد جاء فى كتاب المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٣١ ما يأتى :

« ويظهر فيما لو أخطأ الحاكم فزاد فى تنفيذ العقوبة بما أوجب التلف ويظهر فى سائر التصرفات التى يراها الحاكم فى المصلحة العامة ويترتب عليها تلف مالى لخاصة الناس ، فان الضمان فى كل هذا يتحمله بيت المال » .

(٢) تراجع رسالة بأى شرع نحكم لسنة ١٩٣٦ ص ٩ وص ٣٦

المطلب الثانى

مسئولية الدولة عن موظفيها فى القانون :

إذا قام الشخص بتنفيذ أمر رئيسه أو أمر القانون أو غير ذلك من الواجبات القانونية ، فأضر بغيره فإنه لا يكون مسئولا ، سواء كان الشخص موظفاً عاما أو فردا عادياً[1] ، ما دام عمله أثناء أداء واجبه من غير تقصير أو إهمال .

جاء فى التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٦٧ : « لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة أو كان يعتقد أنها واجبة عليه وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » .

---

١ — يقرب من هذا المعنى ماجاء فى كتاب اصول القانون السوفيتى ص ٢٢١ ونصه :

See Fundamental of Soviet Law by P. S. Romashkin.

Page No 221.

"Juridical Persons are liable for injury caused by their agencis (Director, Chairman of the board etc.) (members Co. operation or mass organisations), and workers.

The juridical person is deemed liable when :—

1) The said persons : are guilty and
2) when the injury is caused by their acts in line of dulty".

وقد نصت على ذلك المادة ١٦٨ من القانون السورى والمادة ١٧٠ من القانون الليبى .

وقد نصت المادة ٢١٥ من القانون العراقى على أن يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن المأمور مجبرا على أن الإجبار المعتبر فى التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجىء وحده .

ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة ، وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد أنها واجبة ، وعلى من أحدث الضرر أيضا أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى أتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة ، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة .

والظاهر من هذه النصوص أنها تناولت حالة الموظف العام الذى يقوم بفعل ضار بالغير تنفيذاً لأمر رئيسه، سواء أ كان هذا الأمر واجب الطاعة أم اعتقد الموظف أنه واجب الطاعة خلافا للواقع ولم يكن مخطئاً فى تكوين هذا الاعتقاد .

أما الحالة الأولى فأمرها ظاهر ، أما الحالة الثانية فالأصل فيها اعتبار الموظف مخطئاً ومسئولا عما سببه للغير من ضرر ما لم يثبت أن الموظف العادى كان فى مثل ظروفه يعتقد أن أمر الرئيس واجب الطاعة ، وعلى ذلك لا يكون مخطئا ما دام يمكنه أن يدفع المسئوليه عن نفسه بإثباته حسن نيته .

والرئيس الذى[1] يأمر مرءوسه بأمر لا تجب طاعته قانونا يصير معه المرءوس مسئولا عما ينشأ عند تنفيذه لذلك الأمر من إضرار بالغير.

المبحث الخامس

مسئولية المؤجر عن الأجير

المطلب الأول

مسئولية المؤجر عن الأجير الخاص ، فى فقه الشريعة الاسلامية .

الأجير إما أن يكون أجيراً خاصا أو أجيراً عاما ، فالاجير الخاص « وتهمنا دراسته »
هو : الذى يعمل لشخص عملا مؤقتا بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل ، كالخادم فى المنزل والعامل فى المصنع والموظف وسائق السيارة لمالكها ... الخ .

---

١ ــ جاء فى كتاب أندر هل فى قانون المسئولية المدنية ــ طبعة تاسعة ــ ص ٦٢ المادة ٣٩ (قانون انجليزى) قريبا من هذا المعنى ، مانصه كالآتى :

Underhills Law of Torts

Art 29.

"The head of Government department and supirior officers are not liable for the torts of their subordinates committed in carrynig out the business of the Crown unless they have themselves ordered or directed the commission of the tort".

وترجمته باختصار كالآتى : ــ

« رؤساء مصالح الحكومة وكبار الضباط ليسوا مسئولين عن خطأ مرءوسيهم أثناء أداء أعمال الدولة مالم يصدروا اليهم أوامر أو يوجهوهم الى العمل الضار . »

والأجير الخاص إما أن يكون عاملا فى مال من استأجره بمقتضى عقد اجارته ، وإما أن يكون عاملا فيه لا بمقتضى عقد إجارته ، وإما أن يكون عاملا فى مال غيره بمقتضى عقد اجارته ، فاذا كان عاملا فى مال من استأجره بمقتضى عقد إجارته خرجت المسألة عن موضوعنا، لأن الضمان إذا وجد فهو على الأجير الخاص بناء على تعديه والا فلا ضمان عليه ولا مسئولية والهلاك فى مال المالك لانعدام المسئولية ، أما إذا كان عاملا فى مال غيره فلا صلة بينه وبين مستأجره إلا إذا كان عمله بمقتضى عقد إجارة وهو فى عمله هذا له صفة الوكالة عن مستأجره ، أو عن صاحب المال بناء على أنه وكيل الوكيل وإن كان أجيرا فى الواقع .

فهل يسأل مستأجره عن عمله أمام صاحب المال أم يسأل هو أمام صاحب المال ؟

الظاهر ان مستأجره ومساءلته ترجع إلى وصفه ومكانته من صاحب المال هل هو أجير خاص، أو أجير مشترك أو وديع أو مستعير، أو غاصب أو غير ذلك .

وهذه المسئولية ليست مؤسسة على ما نحن فيه ، وإنما مؤسسة على مركز من فى يده المال ، هل قصر وتعدى أم لا ؟

واما مسئولية الأجير أمام مستأجره فترجع إلى أنه أجير خاص أو مشترك، وعلى ذلك فان مسئولية المتبوع عن التابع إنما تكون حيث يكون التعدى بسبب تأديته لوظيفته .

هذا ، ومن أهم أحكام الأجير الخاص أنه يستحق الأجر بمضى المدة المحددة وإن لم يعمل خلالها شيئا، لأن الأجر فى مقابل تسليم نفسه وتوفره

للعمل لصالح مستأجره ولا يضمن ما هلك فى يده بلا صنعة منه . [١]

إلا أنه يضمن إذا أضر أو أتلف مال الغير بأمر مؤجره وله حق الرجوع على المؤجر إذا لم يكن يعلم أن ماعمله محرم فعله [٢] .

كأن أمره المؤجر مثلا أن يحفر بئرا فى أرض الغير ، أو يفتح بابا فى حائط الغير ، أو يذبح شاة للغير ، وهو يظن أن مايفعله فى ملك المؤجر .

أما إذا أمره مؤجره بحفر بئر فى الطريق العام فحفرها وهو يعلم ثم وقع فيها إنسان فمات فالضمان على الأجير وليس له الرجوع على الآمر .

ولـكن لو كان فى فناء المؤجر نفسه فالضمان على المؤجر لأن له ولاية الانتفاع بفنائه [٣] .

وكذلك إذا رش الاجير ماءً فى فناء وكان بإذن المؤجر وبأمره ، فالضمان على الآمر لأنه المنتفع بعمل الأجير ، والقاعدة فى ذلك قولهم « الغرم بالغنم » .

وهكذا الأجير الذى يعمل بأمر من المؤجر ما يجهل حرمته أو لا يظهر له وجه حرمته ، وذلك كأن يستأجر أحد أجيراً ويأمره أن يحفر بئراً فى الطريق العامة بغير إذن من السلطان فيقع فيها إنسان ويموت .

---

(١) يراجع الكنز ج ٥ ص ١٣٨ جاء فى المتن « ولايضمن ماتلف فى يده أو بعمله » يعنى الأجير الخـاص لأنه أمين ويفعل الشيء باذن من صاحبه .

(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٠٨
المغنى ج ٩ ص ٥٧٠

(٣) البدائع ج ٧ ص ٢٧٧
مجمع الضمانات ص ١٧٨

فالقياس يوجب الضمان على الأجير، ولكن أبو يوسف من أئمة الحنفية قال بإيجاب الضمان على عاقلة المؤجر لعدم معرفة الأجير استحسانا[١]

ويعتبر الأجير فى كل الصنائع مضافا عمله لأستاذه، فكل ما يتلفه الأجير بأمر الأستاذ وفى حدود عمله يضمنه الأستاذ، لأن الأجير يصير نائباً عنه وما فعله يعتبر كأن الأستاذ فعله بنفسه مالم يتعمد الأجير الإفساد والإضرار فإنه يضمن هو لا أستاذه [٢].

فالشرع الإسلامى وإن أثبت التبعة الفردية مبدئيا على الفاعل للضرر إلا أنه أقر لهذه التبعة مستثنيات يكون فيها الشخص مسئولا عن عمل غيره كالمستثنيات التى مرت علينا فى حالة الإكراه والأمر الصادر من صاحب السلطان وشبه الإكراه فى جناية الصبى والاجير الذى يعمل مالا يعلم بتحريمه وفائدة عمله ينتفع بها المؤجر وحده.

المطلب الثانى :

مسئولية المؤجر عن الأجير المأمور فى القانون :

يسأل فى القانون المؤجر أو المخدوم عن أخطاء من يخدمه، إذا ثبت أن المخدوم أساء اختياره أو أخطأ فيما أصدره إليه من أوامر أو قصر فى رقابته.

ولكن لما كان إثبات إساءة اختيار الخادم أو التقصير فى رقابته

(١) مجمع الضمانات ص ١٧٨

(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٥١٣

عسير على المضرور خفف القانون عنه عبء هذا الإثبات بتقرير مسئولية المخدوم عن اخطاء خادمه بمجرد وقوع الخطأ أثناء تأدية عمله .

نص القانون المدنى المصرى القديم فى المادة ١٥٢ و ٢١٤ بما يأتى : —

« يلزم السيد أيضا بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » .

ونص القانون المدنى المصرى الجديد فى المادة ١٧٤ فى الفقرة الأولى ما يأتى :

« يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

ومثل هذا النص نص التقنين السورى فى المادة ١٧٥ وأيضاً الليبى فى المادة ١٧٧ .

ونص قانون الموجبات اللبنانى فى المادة ١٢٧ ما يأتى : —

« السيد والولى مسئولان عن ضرر الأعمال غير المباحة التى يأتيها الخادم أو المولى فى أثناء العمل أو بسبب العمل الذى استخدماه فيه وإن كانا غير حرين فى اختيارهما بشرط أن تكون لهما سلطة فعلية عليهما فى المراقبة والإدارة ، وتلك التبعة تلحق الأشخاص الحقيقيين » .

أما التقنين التونسى فلم ينص على هذه المسئولية بل تركها إلى القواعد العامة وإلى ضرورة إثبات خطأ يقع من المخدوم فى رقابة تابعه .

أما القانون المدنى العراقى فقد اتخذ له موقفا وسطا عندما نص على مسئولية الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التى تقوم بخدمة عامة ومسئولية كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية

عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم(١) .

ومن هنا نرى أن القانون المدنى العراقى لا هو عمم مسئولية المتبوع المقررة ابتداء عن فعل تابعه بحيث تنطبق على كل متبوع عن خطأ تابعه بمجرد توافر علاقة التبعية بينهما كما فعل كل من التقنين المصرى والسورى والليبى واللبنانى ، ولا هو قصرها على الدولة والبلديات كما فعل التونسى ، وإنما أخذ بحصرها بحيث شمل كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية .

المبحث السادس

مسئولية السيد عن الرقيق فى فقه الشريعة الإسلامية

إذا ارتكب الرقيق جرما يوجب الضمان، فان الضمان فى الشريعة الإسلاميه يكون فى مال المرتكب إذا كان له مال ، أما إذا لم يكن له مال فان السيد يخير بين أن يسلم الرقيق الجانى للمجنى عليه ، وبين أن يفديه بدفع الضمان عنه ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك وابن حنبل (٢) .

(١) تراجع المادة ٢١٩ فقرة أولى من القانون المدنى العراقى .
(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ٢٦
والزيلعى على الكنز ج ٦ ص ١٥٣
والضمانات ص ١٩٤
والقوانين الفقهية ص ٣٠٢
والمغنى ج ٦ ص ٥١١
(الرق عند المالكة عبارة عن عجز حكمى سببه الكفر .
ولم يعد للرق فى عصرنا هذا وجود يذكر) .

خلافاً للشافعى الذى يقول : بأن الضمان يكون ديناً فى رقبة الرقيق يباع بسببه لأجل إيفاء مايجب وذلك إلا أن يفتكه المولى ويقضى الدين عنه .

ويبدو لى أن الشافعية لا تخالف الحنفية والمالكية والحنابلة فيما يرون لأن النتيجة الحتمية لرأى الشافعية أن المالك له أن يفتك العبد بدفع ما عليه من جناية وله أن يدفع العبد بالجناية وهذا هو عين ما تقوله المذاهب السابقة ، ولا أكاد أجد فرقا واضحاً إلا فى أن الأصل عند المذاهب الثلاثة فيما نحن بصدده التخيير . أما عند الشافعية فالأصل مديونية العبد بجنايته .

وخلافاً للظاهرية فانهم يرون الضمان على العبد يبقى ديناً فى ذمته حتى يوسر ولو بعد أن يعتق وليس على سيده فداؤه ولا بيعه أبداً [1] .

أما إذا أمر السيد عبده بفعل شىء أضر بالغير فإن جمهور الفقهاء يحيلون الضمان على السيد ، وذلك لأن اتباعه لأمر السيد أشبه بالاكراه المعنوى ، مثل الصبى بالنسبة لأمر والده أو معلمه ، ولأن الغرم بالغنم [2] .

فأمر السيد يستتبع نفعاً يجنيه من عمل رقيقه أو تابعه ، ومثل ذلك إذا كان الآمر أحداً غير السيد فإنه يضمن .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٢٦٨

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٣

رد المحتار ج ٥ ص ١٨

المغنى ج ٩ ص ٥١٢

المحلى ج ١١ رقم ٢١١٤

ومن الأدلة التي يمكن أن تكون سنداً قوياً لهذا الرأى مايروى من أن غلمة لحاطب بن أبى بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فشكاهم الرجل إلى عمر بن الخطاب ، فأمر عمر رضى الله عنه بتغريم حاطب ضعف قيمة الناقة .

ولقد علق الإمام مالك فى الموطأ على هذا بقوله :

« ليس على هذا العمل عندنا فى تضعيف القيمة ، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم أخذها » .[١]

* * *

(١) الموطأ وشرحه للزرقانى ج ٤ رقم ٥١٤

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الحيوان

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الحيوان فى فقه الشريعة الاسلامية بوجه عام

أخذ جمهور الفقهاء فى المسئولية عن فعل الحيوان بقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جبار » وفى رواية « جرحها جبار[1] » وانتزعوا من هذا الحديث الشريف أصلا وقاعدة كلية هى : « جناية العجماء جبار » .

والظاهر من هذا الحديث وهذه القاعدة أن الأصل فى الشريعة الإسلامية عدم الضمان فى جناية الحيوان ، إلا أن الحقيقة غير ذلك،لأن الحديث المتقدم تخصصه أحاديث أخرى منهاقوله صلى الله عليه وسلم : « من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم

---

(١) يراجع صحيح مسلم ج ١١ ص ٢٢٥ ، والبخارى وشرحه لبدر الدين بن العينى ج ٩ ص ١٠١ واختلاف الحديث للشافعى بهامش الام ج ٧ ص ٤٠٠ ونيل الاوطار للشوكانى ج ٤ ص ١٢٥ وسنن ابى داود ج ٤ رقم ٤٥٩٣

فأوطئت بيد أو رجل فهو ضامن[١] » .

وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه «أنه قضى على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل ، وإن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن (أى مضمون) على أهلها[٢] » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « إن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وإن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها[٣] » ، وذلك عند ماوصلت ناقة البراء بن عازب حائطا وأفسدت فيه .

والمعقول يرينا أن جناية الحيوان وإن كانت مباشرة بالقياس إلى الحيوان الذى لا يدرك ولا يكون مسئولا إلا أنها بالقياس إلى مالك الحيوان أو حارسه تكون تسبباً فى أغلب الأحايين ، ومباشرة فى بعض[٤] الأحايين ، كما فى جناية الدابة المركوبة غير الجموح ، فإن الراكب يضمن لأن التلف حصل بثقل الراكب وثقل الدابة إلا أن الدابة آلة له فكان الأثر الحاصل بفعله مضافا إليه ، وكان هو من ثم متلفامباشرة[٥].
قال الإمام الشافعى : « إذا حمل الدابة قائدها أو سائقها على أن تطأ شيئاً

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطنى والبيهقى وجاء فى نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٧٥

(٢) رواه أحمد وأبو داود ومالك والشافعى والنسائى أنظر سنن ابى داود ج ٣ رقم ٣٥٦٩ ، ٣٥٧٠ ونيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٥

(٣) رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه .

(٤) فى مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٣٦ جاء النص التالى : « لو داست دابة مركوبة لاحد على شىء بيدها أورجلها فى ملكه أو فى ملك الغير واتلفته يعد الراكب قد أتلف ذلك الشىء مباشرة فيضمنه على كل حال » .

(٥) راجع البدائع ج ٧ ص ٢٨١ .

وتتلفه فإنه يضمن ، لأن وطأها من فعله وتكون الدابة حينئذ أداة من أدواته جنى بها[١] .

هذا ، والضمان[٢] من فعل الحيوان فى الشريعة الإسلامية لا يكون إلا من فعل ضار حصل مباشرة أو تسبباً من مالكها أو حارسها أو راكبها أو سائقها أو قائدها أو أى شخص آخر كان له السيطرة عليها ، ولذلك فإن فعل الحيوان المضر كفعل الانسان نفسه لا يكون سببا فى الضمان إلا بشرط وجود التعدى ووجود الخطأ اللازم فى جميع أحوال الاضرار تسببا .

ودليلنا من أقوال الفقهاء على أن حديث «العجماء جرحها جبار» مخصص أو مقيد بالأحاديث التى سبق ذكرها ، وما قاله الإمام الشافعى فى كتابه اختلاف الحديث بهامش الأم جاء فيه « على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار[٣] » .

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء : قال الطحاوى من المحققين فى المذهب الحنفى : « لا يضمن صاحبها » أى الماشية « إذا أرسلها محفوظة » أى معها حافظ وإلا كان عليه الضمان » .

والليثى ذهب إلى أن على أصحابها الضمان بإطلاق إلا أنه قال لا يضمن أصحابها أكثر من قيمتها وعمدته فى ذلك شهادة الأصول بأن على المعتدى الضمان ومن يرسل مواشيه ودوابه يكون معتديا .

---

(١) تراجع الأم جـ ٧ ص ١٣٨

(٢) جاء فى مجلة الاحكام العدلية مادة ٩٢٩ ما يأتى : « الضرر الذى أحدثه الحيوان بنفسه لايضمنه صاحبه ... الا اذا رآه وسكت أو كان مفرطاً فى حفظه « بلا خطر » .

(٣) اختلاف الحديث بهامش الام جـ ٧ ص ٤٠٢ .

وذهب مالك والشافعي بأن على أصحابها الضمان فيما أفسدته ليلا ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهاراً وبنوا مذهبهم فى هذا على أن النفش عند أهل الفقه لا يكون إلا بالليل ، وقد قال تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم » وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا وعمدتهم فى ذلك أيضاً ماروى عن على بن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب وطئت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها » أى مضمون .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه أن الضمان واجب على أصحابها فى غير المنفلت منها ولا ضمان عليهم فى المنفلت ووجهه فى ذلك أن أصحابها لا يملكون حفظ المنفلت لذلك لا ضمان عليهم بخلاف غير المنفلت فان أصحابها يملكون حفظها .

هذا والملاحظ أن سبب اختلافهم فى هذا الباب هو معارضة الأصل للسمع ومعارضة بعض السماع لبعض ، أعنى أن الأصل المعقول هو الضمان الا أن الحديث « جرح العجماء جبار » يعارضه ، وهذا الحديث يعارضه حديث البراء بن عازب المتقدم ذكره بالتفرقة التى جاء بها فيه بين ما أفسدت البهائم بالليل وما أفسدت بالنهار .

هذا وجاء فى العناية على الهداية (من كتب الاحناف) أنه إذا لم يكن صاحب الدابة معها وهى ملكه لم يضمن صاحبها فعلها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أونفحت أو كدمت وإن كان معها سائق لها لم يضمن فى الوجوه كلها اتلفت مالا أو نفسا لأن صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال فعله بالتلف بواسطة فعل مختار ، هو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا ولا تعدى فى إيقاف الدابة

أو تسييرها فى ملكه وإن كان قائدا لها وهو يسير ضمن ما وطئت بيدها أو رجلها لا ما كدمت أو نفحت بيدها ، وإن كانت الجناية فى غير ملك صاحبها فإن أدخلها فيه فعليه ضمان فعلها على أية حال لتعديه بإدخالها بغير إذن ، وإن لم يدخلها فلا ضمان عليه لأنه ليس بمتسبب ولا بمباشر ، وإن كانت الجناية فى الطريق العام وقد أوقفها صاحبها فعليه الضمان وإن كانت سائرة ولم يكن صاحبها معها وسارت بإرساله ضمن ما أتلفت ما لم تتحول من جهة إرساله وان انفلتت فلا ضمان عليه ، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت الا النفحة بالرجل أو الذنب .

والنتيجة من كل هذا أنهم يقولون بالضمان فى أحوال عديدة [١] ،

---

(١) جاء فى مجمع الضمانات فى الصفحة ١٨٥ ، ١٨٧ ما يأتى :
« الراكب ضامن عما وطئت الدابة ولما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحته برجلها أو ذنبها وان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا لانه متعد بالايقاف وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أونواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقات عين انسان أو أفسدت ثوبة لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن وقيل لوعنف فى الدابة ضمن ذلك كله ذكره فى الوجيز والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب فان راثت أو بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لم يضمن . .

والقائد ضامن مانفحت بيدها أو رجلها هكذا ذكره القدورى . .

ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن . . . ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ . . .

ومن سار على دابته فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فقتلت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان الضمان على الناخس دون الراكب ... »

وجاء فى ص ١٤٠ منه « لو أن رجلا أدخل غنما أو ثورا أو حمارا =

وإن رأى المالكية والشافعية المذكور أيضاً ليس على ظاهره ، قال المالكية البهائم التى يضمن صاحبها ما أتلفته ليلا ، وإن زاد على قيمتها لانهاراً يعنون بها البهائم أو الحيوانات التى يمكن حراستها ؛ ولم تكن معروفة بالعداء والشر، أليفة كانت أو غير أليفة وما أتلفته زرعاً أو حائطاً أو كروما ، ولا ضمان على أصحابها نهاراً ليس على إطلاقه وإنما يتوقف على توافر شرطين :

الشرط الأول : أن تكون بلا راع أو حارس :

الشرط الثانى : أن تسرح بعيداً عن المزارع أى فى مكان يغلب على الظن أنها لا ترجع إليها .

فاذا تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما يضمن أصحابها ، كأن يكون معها راع يقدر على دفعها أو سرحت قرب المزارع وليس معها راع.

أما الحيوانات التى لا يمكن حراستها كالحمام والنحل ونحوهما . ويجوز لأصحابها اتخاذها وتربيتها فلا شىء على أصحابها وعلى أصحاب المزارع حفظ زرعهم .

وأما البهائم التى يمكن لأصحابها حراستها ولكنها معروفة بالعداء على الزرع فان أصحابها يضمنون مطلقاً طولب أصحابها بامساكها أو لم يطالبوا سواء كان إتلافها ليلا أو نهاراً وتقييدهم الضمان بأن يكون عداؤها على الزرع احترازاً بما إذا وطئت رجلا نائماً مثلا فقتلته ، فانه لا شىء عندهم على أربابها إن كان الإتلاف ليلا ولم يقصر أصحابها فى حفظها ، وكذا

= كرما أو بستانا أو أرضا فأفسدها وصاحبها معها يسوقها فهو ضامن لما أفسد. ولو أن دابة انفلتت ليلا أو نهارا فأصابت مالا أو آدميا لا ضمان على صاحبها لأن فعل العجماء هدر » .

ما كدمته بفمها أو رمته برجلها إن لم يكن من فعل من معها وإلا ضمن أصحابها [١] .

وقال الشافعية : إن الدابة التى يضمن صاحبها ما أتلفته ليلا لا نهاراً هى التى يرسلها أصحابها فى الصحراء بعيداً عن المزارع احترازا مما إذا توسطت المزارع والمراعى وأرسلها بلا زاع لأن العادة الغالبة حفظ المزارع نهاراً وحفظ الدابة ليلا ومن ثم لو جرت العادة فى بلد بعكس ذلك انعكس الحكم، أولو جرت العادة على حفظها فى الليل والنهار كان على أصحابها الضمان ليلا ونهاراً ، وقياسه أن العادة لو جرت بعدم حفظها فيهما لا ضمان لا فى ليل ولا فى نهار ، هذا فى القرى أما البلاد أو المدن فعلى أصحابها الضمان مطلقاً لأن العادة أن الدابة تراقب فى المدن .

هذا وأما الدواب [٢] إذا كان معها سائق أو قائد أو راكب سواء كانت يده عليها بحق أم بغير حق ولو غير مكلف فانه يضمن إتلافها سواء كان الإتلاف بالليل أو بالنهار، لأن فعلها منسوب إليه وعليه حفظها و تعهدها ما لم تنفلت بعد إحكام ربطها مثلا و تتلف شيئاً فانه لا يضمن، ومثله ما إذا هيجها غيره أو بالت [٣] أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال . وقال الحنابلة فى ذلك إن الدابة إذا بالت فى طريق فزلق به حيوان فمات به فعلى صاحب الدابة الضمان إذا كان راكباً لها أو قائداً أو سائقاً لها، لأنه تلف حصل من

---

(١) يراجع كتاب الخرشى على المختصر ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٢) خلافا للطير اذ لا ضمان باتلافه مطلقا كالنحل والحمام تراجع تحفة المحتاج ج ٩ ص ٢٠٢ .

(٣) تراجع تحفة المحتاج ج ٩ ص ٢٠١ — ٢٠٤ .

جهة دابته التى يده عليها فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها ، وإن كان قياس المذهب عندهم أنه لا يضمن ماتلف بذلك لأنه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلف به كما لو أتلفت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها لأنه يمكن حفظهما [١]

قال أبو محمد الظاهرى فى المحلى إن الراكب مصرف لدابته حاملا لها فما أصابت مما حملها عليه فانه عمد وعليه الضمان وما أصابت برأسها أو بعضتها أو بذنبها أو بنفحتها بالرجل أو ضربت بيدها فى غير المشى فليس عليه الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جرحها جبار » ومثله القائد إذا كان يمسك الرسن أو الخطام فهو حامل للدابة على مامشت عليه ومثلهما السائق ان حمل الدابة بضرب أو نخس أو زجر على شىء ما أما من أوثق دابته على طريق المسلمين فلا ضمان عليه ، ومثله من أرسلها وهو يمشى لأنه ليس كل مسىء ضامن .

ومن ركب دابة ولها فلوّ يتبعها فأصاب الفلو إنسانا أو مالا فالراكب حامل له على ذلك ، فإن عمد أو لم يعمد كان عليه الضمان ، ومثله من استدعى بهيمة بشىء تأكله وهو يدرى أن فى طريقها متاعا تتلفه أو إنساناً راقداً فأتلفته ، ومثله أيضاً من أشلى [٢] أسداً على إنسان أو حنشاً لأنه فى اطلاقهما على الإنسان يعتبر مباشراً لإتلافه قاصدا لذلك .

والدابة إذا نفرت فليس على الذى نفرت منه ضمان إلا أن يكون نفرها عامدا ، ومثلها الكلب العقور وهو وإن كان لم يبح اتخاذه ومن اتخذه يعتبر ظالما إلا أنه ليس صاحبه متعدياً فى إتلاف ما أتلف الكلب وليس عليه

---

(١) يراجع المغنى جـ ٧ ص ٨٣١ .

(٢) يقال أشلى الكلب على الصيد اغراه .

ضمان لأنه كمن عمل سيفاً وأعطاه لظالم فقتل به فليس يسمى هذا العامل قاتلا ولا متلفاً ، ولهذا كان عند الظاهرية أن من هيج كلباً أو أعطى أحمق سيفاً فقتل به لا ضمان عليه[1] .

هذا ومما جاء فى كتاب البحر الزخار من كتب الشيعة ما خلاصته ان على مطلق البهيمة الضمان فيما جنت فورا مطلقاً لأنه كالمهيج لها .

ويضمن متولى الحفظ جناية غير الكلب من البهائم ليلا ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بذلك لاعتياد حفظها ليلا ولا ضمان فى النهار فإن انعكس الاعتياد انعكس الحكم إذ هو العلة .

ويضمن الراعى عندهم ما أكلت الغنم فى مرعاها إذ عليه حفظها .

ويضمن صاحب الفرس الشموس إذا ركبه فى الشارع لتعديه ولتفريطه . أما إذا أفلت وقد حفظه حفظ مثله لم يضمن لعدم التقصير .

ويضمن صاحب الكلب العقور إذا أرسله ولو فى ملكه على الداخل بالإذن لقوله صلى الله عليه وسلم « يضمن صاحب الكلب ما عقر نهاراً ولا يضمن ما عقر ليلا »[2] .

هذا ومعنى القاعدة عند الفقهاء هو « أن جناية البهائم غير مضمونة ، ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرط مالكها فى حفظها حيث يجب عليه الحفظ ، أضف إلى هذا أن الحنفيين أنفسهم فسروا كلمة العجماء فى قاعدة « جناية العجماء جبار » بمعنى الدابة المنفلتة

---

(١) يراجع المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٨ فما بعدها .

(٢) يراجع البحر الزخار للمرتضى ج ٥ ص ١٦٩ و ١٧٠ .

وحدها والمنفلته الدابة المسيبة التى لا يمكن الاحتراز عن فعلها [١] .

لقد كانت قصة نفش غنم القوم فى عهد داود عليه السلام سبب خلاف بين الفقهاء فى مبدأ التبعة عن فعل الحيوان ، قال تعالى « وداوود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان »[٢] .

جاء فى تفسيرها أنه دخل على داود عليه السلام رجلان فقال أحدهما : إن غنم هذا دخلت فى حرثى ليلا فأفسدته فقضى له بالغنم. فخرجا فمرا على سليمان ، وكان يجلس على الباب الذى يخرج منه الخصوم فقال : كيف قضى بينكما أبى ؟ فأخبراه ، فقال : غير هذا أرفق بالجانبين فسمعه داود عليه السلام فقال له : بحق النبوة والأبوة إلا أخبرتنى بالذى هو أرفق فقال : أرى أن تدفع الغنم إلى صاحب الأرض لينتفع بدرها ونسلها وصوفها ، والحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه حتى يعود كما كان ثم يترادا . فقال : القضاء ما قضيت ، وأمضى الحكم بذلك .

وقيل إن حكم سليمان عليه السلام كان بالاجتهاد ، وهو جائز على الأنبياء عليهم السلام كما بين فى الأصول .

إن قول سليمان «غير هذا أرفق» ، ثم قوله أرى أن تدفع الخ... صريح فى أنه ليس بطريق الوحى ، وإلا لبت القول بذلك ولما ناشده داود عليه السلام لإظهار ما عنده ، بل وجب عليه أن يظهره بداء ، وحرم عليه كتمه ، مع أن الظاهر أنه عليه السلام لم يكن نبياً فى تلك السن ، ومن

(١) يراجع البدائع جـ ٧ ص ٢٧٣
والهداية جـ ٤ ص ١٤٨

(٢) يراجع تفسير روح المعانى للالوسى جـ ١٧ ص ٧٤ ـ ٧٥
سورة الأنبياء الآية ٧٧ ـ ٧٨

ضرورته أن يكون القضاء السابق أيضاً كذلك ، ضرورة استحالة نقض حكم النص بالاجتهاد ، وفى الكشف أن القول بأن كلا الحكمين عن اجتهاد باطل ، لأن سليمان نقض حكم داود عليهما السلام والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد البتة ، فدل على أنهما جميعاً حكما بالوحى ، ويكون ما أوحى به لسليمان عليه السلام ناسخاً لحكم داود عليه السلام ، أو كان حكم سليمان وحده بالوحى ، وقوله تعالى : « ففهمناها » لا يدل على أن ذلك اجتهاد .

وقد روى أنه لم يكن بين قيمة الحرث وقيمة الغنم تفاوت . وأما سليمان عليه السلام فقد استحسن حيث جعل الانتفاع بالغنم بإزاء ما فات من الانتفاع بالحرث من غير أن يزول ملك المالك من الغنم ، وأوجب على صاحب الغنم أن يعمل فى الحرث إلى أن يزول الضرر الذى أتاه من قبله ، كما قال بعض أصحاب الشافعى فيمن غصب عبداً ، فأبق منه أنه يضمن القيمة فينتفع بها المغصوب منه بإزاء ما فوته الغاصب من المنافع فإن ظهر الآبق ترادا .

هذا ، وأما حكم الملة فى شريعتنا فعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه: لا ضمان إذا لم يكن معها سائق أو قائد ، لما روى الشيخان من قوله صلى الله عليه وسلم « جرح العجماء جبار » ولا تقييد فيه بليل أو نهار .

وعند الشافعى : يجب الضمان ليلا لا نهاراً لما فى السنن من أن ناقة البراء دخلت حائط رجل فأفسدته ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال بحفظها بالنهار وعلى أهل المواشى بحفظها بالليل . وقيل إن الآية دليل على أن كل مجتهد فى مسئلة لا قاطع فيها مصيب . وفيها أيضاً دليل على أن خطأ المجتهد لا يقدح فى كونه مجتهداً .

المطلب الأول

شروط(١) الضمان فى جناية الحيوان :

على صاحب الحيوان أو حارسه أو راكبه أو سائقه أو قائده أو من له حق السيطرة عليه الضمان إذا وقعت منه جناية فى نفس أو مال للغير ، فالضمان يجب عليه إذا توفرت شروط معلومة ولا ضمان إذا انعدم واحد منها وهى : —

١ — وجود عمل ضار .

٢ — حصول التعدى وحده أو مع التعمد .

٣ — قيام الرابطة بين الضرر والتعدى .

وإليك كلمة فى توضيح هذه الشروط : —

---

(١) الشرط فى اصطلاح الاصوليين هو : مايتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الحكم عنده لابه ، ويكون خارجا عن الماهية ويلزم من عدمه عدم الحكم ، وعلى ذلك فالشرط أمر خارج عن المشروط يلزم من عدمه عدم الشرط ولايلزم من وجوده وجود المشروط ويختلف بذلك عن الركن لأن الركن وان كان يلزم من عدمه عدم الشىء الا أنه جزء من ماهية الشىء .

والشرط شرطان عندهم (١) شرط شرعى وهو ماكان مصدر اشتراطه الشارع كحضور شاهدين فى الكفاح (٢) وشرط جعلى وهو ما كان مصدر اشتراطه المكلف كقول الزوج لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق . ويشترط فى هذا الشرط أن لا يكون منافيا لحكم العقد أو التصرف الشرعى .

يراجع كتاب أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى — أصول الفقه — الطبعة الثانية ص ١٠٧

وجود عمل ضار :

القاعدة فى هذا الموضوع مشهورة وهى : « لا ضمان حيث لا ضرر» والضرر هو حدوث مفسدة أو وقوع أذى بالغير من فعل حيوان ، ويكون عادة فى نفس أو فى مال .[1]

التعدى :

لابد من مجاوزة لحق الغير أو حق العامة على ما ينبغى الاختصار عليه ، فلو لم تكن مجاوزة ، فلا ضمان ، وذلك مثل أن تكون الدابة التى حصل منها الإضرار فى ملكه أو فى المحل المعد للدواب أو دخلت بإذن من وقع له الإتلاف وذلك لأن صاحب الدابة استعمل حقه المباح[2]، بخلاف ما إذا أدخلها فى ملك الغير بغير إذنه، وفى محل عام لم يعد

---

(١) عمدة القارىء ج ٩ ص ١٠٢ (صرح العينى فيه بأن حديث « العجماء جبار » يحتمل الجناية على الابدان أو الاموال) .

(٢) « أ » يراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ فما بعدها .

«ب» تراجع المادة ٩٣٠ من مجلة الاحكام العدلية ونصها :

« لايضمن صاحب الدابة التى أضرت بيديها أو ذيلها أورجلها حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن » .

والمادة ٩٣١ ونصها :

« اذا أدخل أحد دابته فى ملك غيره بأذنه فلا يضمن جنايتها (فى الصور التى ذكرت فى المادة آنفا) حيث أنها تعد كالكائنة فى ملكه ، وان كان أدخلها بدون اذن صاحبه ، يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال يعنى حال كونه راكبا =

لوقوف الدواب أو فى الطريق أو بالقرب من المزارع أو من غير راع أو هيجها أو قصر فى حفظها وكانت عقوراً فإنه يضمن ، ومن أمثلة ذلك « إذا سار الراكب على دابة فى الطريق العام فوطئت إنساناً بيد أو رجل وهى تسير فقتلته يضمن، لأن السير فى طريق المسلمين مقيد بالسلامة لأن المشى بالطريق حق للجماعة والراكب يمكنه التحرز من إلحاق الضرر بهم »[1] . ومثله السائق والقائد .

« سار رجل على دابته فى الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفحت برجلها رجلا فقتلته ضمن الناخس » .

« وكذلك كل بهيمة من سبع أو غيره إذا أوقفه رجل على الطريق فهو متعد فى هذا التسبب حكما ضامن لما يتلف »[2] .

= أو سائقا أو قائدا أو موجودا عندها أو غير موجود ... »

وتراجع المادة ٩٣٣ ونصها :

« لو أتلفت الدابة التى كانت قد ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك ذلك بلا أذنه لايلزم الضمان ، واذا أتلفت الدابة دابة صاحب الملك فيضمن صاحبها، وذلك لأن عمل الاول جائز فى ملكه بخلاف عمل الثانى فانه يعتبر تعديا .

وتراجع المادة ٩٣٩ ونصها : « اذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما حق الربط فيه فأتلفت احدى الدابتين الاخرى فلا يلزم الضمان . مثلا ، لو أتلفت دابة أحد الشريكين فى دار دابة الآخر عندما ربطاهما فى تلك الدار لا يلزم الضمان .

(١) يراجع المبسوط للرخسى جـ ٢٦ ص ١٨٨ .

(٢) « أ » يراجع المبسوط جـ ٢٧ ص ٢٠ . =

الرابطة بين الضرر والتعدى :

إن فعل الحيوان الضار وحده فى الشريعة الاسلامية لا يكفى للتضمين، بل لابد أن يكون هنالك شخص له علاقة بحدوث الضرر إما مباشرة أو تسببا .

أما فى حالة المباشرة فانه يكفى أن يكون فى الفعل الضار تعد أى تجاوز لما حده الشارع من مراعاة لحقوق الآخرين ليكون ضمان التلف (١) الذى يحصل للغير من الدابة المركوبة غير الجموح على الراكب ، لأن الدابة آلة له ، والأثر الضار الحاصل بفعلها يضاف إليه ويعتبر هو المتلف مباشرة وتعديا . (٢)

«ب» يراجع أيضا الخرشى للمالكية جـ٨ ص١١٣جاء فيه مامعناه :
« ان الراعى اذا سرح غنمه فى موضع يقرب من المزارع يغلب على الظن أنها ترجع اليها فانه يضمن ، وأيضا اذا كان معها ولو بعدت عن المزارع ••• ومن اتخذ ماشية شأنها العداء على المزارع فان ضمان ما أفسدته على ربها بالليل والنهار » •

(ج) وتراجع تحفة المحتاج للشافعية جـ٩ ص٢٠٥جاء فيها ما معناه:
« على المارة بالطريق العام الاحتراز عما لا يعتاد فيها كالركض الشديد بالدابة فى مجمع الناس فان فعل ضمن•••ومن حمل حطبا على ظهر بهيمة فحك بناءا فسقط ضمنه ليلا ونهارا » •

(١) تراجع المادة ٩٣٦ من المجلة ونصها :
« لو داست دابة مركوبة لاحد على شيء بيدها أو رجلها فى ملكه أو فى ملك الغير وأتلفته يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال » •

(٢) الأم جـ ٧ ص ١٣٨ •

أما فى حال التسبب،فانه لاضمان إلا بالتعمد،والتعمدهو الخطأالناتج عن القصد أو التقصير أو عدم التحرز ولاضمان عند عدمه ، ولوكان الفعل الضار تجاوز إلى حقوق الآخرين ؛ كفعل الدابة [١] الجموح التى لم يقدر الراكب على ضبطها فتحدث ضررا بالغير .

وهذا الرأى يخالفه رأى اللخمى القائل بأن على الراكب للدابة الجموح الضمان على فعلها الضار . [٢]

المطلب الثانى :

أمثلة لبيان الضرر فى حال التسبب :

الضرر الذى يحصل بفعل الحيوان فى حالة التسبب لاضمان فيه إلا بالتعمد — الذى هو التعدى عن قصد أواهمال — ولتوضيح ذلك أرى أن أضع بين يدى القارىء بعض الأمثلة وهى : —

١ — مثال الضرر فى حال القصد :

مثل أن يجفل أحد دابة غيره قصدا كالصياد يرمى البندقية بقصد اجفال الدابة لتتلف هى أو لتتلف شيئاً لصاحبها أولغيره . [٣]

ومن الأمثلة أيضاً ، إذا جمح به فرسه ، فان كان هو المحرك له المغالب له [٤] فانه يضمن كل ما جنى بتحريكه إياه ، فى القصد القود وفيما لم يقصده ضمان الخطأ .

---

(١) تراجع المادة ٩٣٧ من المجلة .
(٢) الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠٥ .
(٣) تراجع المادة ٩٢٣ من المجلة .
(٤) المحلى جـ ١١ ص ١١ المسألة ٢١١٠ .

أو « إذا ألقى هرة على حمامة أو دجاجة فأكلتها ضمن لو أخذتها برميه وإلقائه لا لو بعده ، ويضمن باشلاء كلبه لأنه باغرائه يصير آلة لعقره فكأنه ضربه بسيفه » [١]

أو لو « ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت رجلا ضمن ». [٢]

قال مالك : « حيث لم يقصر فى حفظها، وكذا ما كدمت الدابة بفمها أو رمته برجلها إن لم يكن من فعل من معها وإلا ضمن » . [٣]

٢ ــ مثال الضرر فى حال التقصير :

كأن يسوق أحد دابته فيقع سرجها أو لجامها أو شىء آخر من أدواتها التى تحملها فيتسبب فى إصابة شخص فيموت فعلى صاحب الدابة الضمان لتقصيره فى شد أحزمة الدابة وإحكام ربط أدواتها . [٤]

ومما جاء في المحلى ص ٩ « من استدعى بهيمة بشىء تأكله وهو يدرى أن في طريقها متاعا تتلفه أو انسانا راقدا فأتته فأتلفت في طريقها شيئا فالقود في العمد وهو قاتل خطأ ان لم يعمد وكذلك من أشلى أسدا على انسان أو حنشا »

«١» جامع الفصولين جـ ٢ ص ٨٥ .

(٢) الدر المختار جـ ٥ ص ٥٥١ .

(٣) الخرشى جـ ٨ ص ١١٣ .

(٤) « أ » يراجع مجمع الانهر جـ ٣ ص ٦٦١

«ب» تراجع أيضا تحفة المحتاج جـ ٩ ص ٢١٠ جاء فيها :

« كل حيوان عرف بالاضرار وان لم يملك فيضمن ذو حمل أو كلب عقور ما يتلفه ان أرسله أو قصر فى ربطه » .

« جـ » يراجع أيضا الخرشى جـ ٨ ص ١١٣ جاء فيه :

« لا يخفى أن ضمان الراعى انما يكون مع التفريط » .

٣ ـ مثال الضرر لعدم التحرز :

وذلك مثل أن ينخس أحد دابة فتقفز وتصدم رجلا فيموت ، فان الضمان يكون على الناخس ، لأنه قصد النخس ولم يتحرز مما سينتج عنه[١] وكأن يوقف الدابة فى الطريق العام فتحدث اضراراً للغير بسبب عدم التحزر من صاحبها أو حارسها ، قال ابن عابدين « الأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما يمكن الاحترازعنه » .[٢]

ويظهر من كلام ابن عابدين ضرورة احترام الآخرين وعدم الاضرار بهم وعدم التعدى عليهم ما أمكن لأن المرور حق مقرر لكل إنسان إلا أنه مشروط بالسلامة فيما يمكن الاحتراز منه .

كما يظهر من مثال الناخس المتقدم ذكره قد لايكون قاصدا إتلاف مال الغير أو هلاك نفسه وإنما يقصدإسراع الدابة ولكن تولد عن نخسه

« د » وجاء فى البحر الزخار جـ ٥ ص ٢٧٠ ما يأتى « ولو كان الفرس شموسا لايركب الا فى الصحراء فركب فى الشارع ضمن ما جنى لتعديه ولتفريطه » . وجاء فيه أيضا « وأما العقور فيضمن ان فرط فى حفظها لقضائه صلى الله عليه وسلم فى بقرة قتلت حمارا » .

(١) « أ » يراجع المبسوط جـ ٢٧ ص ٢ .
«ب» والهداية جـ ٤ ص ١٦٤ .
« جـ » وتراجع تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٢٠٣ جاء فيها : « لو ما نخس الدابة غير من معها فضمان اتلافها على الناخس ولو رموحا بطبعها على الاوجه مالم يأذن له من معها فعليه » .

(٢) يراجع الدر المختار جـ ٥ ص ٥٩٢ .

للدابة محظور بسبب قلة احترازه واحتراسه عما سينتج من ذلك، وتصرفه هذا من نوع الخطأ الذى يفترضه القانون فى مثل هذه الحالة ، ومثله الراعى الذى يرعى غنمه بالقرب من مزارع الآخرين فتسبب اتلافا لزرعهم .

هـذا ، وقـد ذهب الإمام الشافعى ورواية عن الإمام أحمد الى أن الراكب ضامن، ومثله القائد أو السائق لما تصيبه الدابة بفمها أو تخبطه بيدها أو رجلها لأن كل ذلك مما يمكن الاحتراز منه . (١)

هذا ، والذى يمكن أن نستنتجه أن المالك أو الراكب أو السائق أو القائد أو الراعى (ومن بيده حفظه كوديع أو بيطار ومن له حق السيطرة عليه كمن استأجره ولو لم يكن مالكه أو من غصبه استولى عليه

---

(١) يراجع الميزان ج ٢ ص ١٥٠ جاء فيه ما يأتى :

« ومن ذلك قول أبى حنيفة أنه لو أتلفت الدابة شيئا وصاحبها عليها ضمن صاحبها ما أتلفته بيدها أو فمها وأما ما أتلفته برجلها فان كان بوطئها ضمن الراكب وان رمحت برجلها فان كان بوطئها فى موضع مأذون فيه شرعا كالمشى فى الطريق والوقوف فى ملك الراكب أو فى الفلاة أو فى سوق الدواب لم يضمن وان كان بموضع ليس بمأذون فيه الوقوف على الدابة فى الطريق والدخول فى دار انسان بغير اذن ضمن مع قول مالك ان يدها وفمها ورجلها سواء فلا ضمان فى شىء من ذلك اذا لم يكن من جهة راكبها أو قائدها أو سائقها سبب من غمز أو ضرب ومع قول الشافعى أنه يضمن ما جنت بفمها أو يدها أو رجلها أو ذنبها سواء كان من قائدها أو سائقها سبب أو لم يكن ومع قول أحمد ما أتلفه برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان فيه وما جنت بفمها أو بيدها ففيهما الضمان ، فالأول الذى هو كلام أبى حنيفة يفصل وكلام مالك فيه تخفيف من حيث التفصيل وكلام لشافعى مشدد وكلام أحمد منصل » .

بسبب من الأسباب كالسرقة مثلا) يكون مسئولا عن فعل الحيوان الذى تحت حراسته وضامنا ، مالم ينفلت الحيوان بنفسه ولو فى الطريق العام ويحدث ضررا فلا ضمان على صاحبها ، أو يجمح ويعجز صاحبه من ضبطه [١] . ولو تعدد واضعو اليد على الحيوان كأن يجتمع راكب ورديف أو راكب وسائق أو راكب وقائد فان الأكثر قدرة على التصرف فى الحيوان والأقوى يدا وتسببا يكون الضامن ، فان استويا فى القدرة والتصرف فالضمان عليهما بالاشتراك . [١] .

هذا ، ويشترط فى الحيوان الذى وقع منه الضرر ما يأتى :—

١ — أن يكون حيا .

---

(١) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ أنه « لو وجدفىزرعهدابة فحمل عليها فأسرعت ضمن ما أصابت وكذا لو تبعها كثيرا بعدما أخرجها وذهبت ضمن » .

وقد جاء في الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٥٥ « أن البهيمة لو أتلفت فى يد الراعى زرعا أو شجرا ضمن الراعى دون المالك وكذا المستفيد اذا استعار بهيمة فأتلفت شيئا وهى فى يد المستفيد فضمانه عليه سواء أكان المتلف لمالكها أو لغيره لأن ضمانه باليد واليد للمستعير » .

وجاء فى شرح النووى على صحيح مسلم ج ١١ ص ٢٢٥ « أن الضمان يجب فى مال الذى هومعها سواء أكان مالكها أو مستأجرا أو مستعيرا أوغاصباً أو مودعا أو وكيلا أو غيره » .

(١) تراجع البدائع ج ٧ ص ٢٨٠ .

والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٩ .

٢ — وأن يكون مما يصح امتلاكه من الحيوانات المفترسة أو غيرها كالسباع والمستأنسة صغيرة كانت أو كبيرة، خطيرة كانت أو غير خطيرة كالبهائم بأنواعها من غنم وخيل، وكالقطط والكلاب والدواجن بأنواعها.

ولا يستفيد من التعويض الا المصاب وحده أو من أتلف ماله .

ولا أرى أساسا لهذه المسئولية الا التعدى فى حال الاضرار مباشرة أو وجود الخطأ اللازم فى أحوال الاضرار تسببا .

* * *

الفصل الثانى

المسئولية عن فعل الحيوان فى القانون

المبحث الأول

فى بعض قوانين البلاد العربية بوجه عام

يسأل مالك الحيوان أو مستخدمه عن الضرر الناشىء بفعل الحيوان فى الوقت الذى يستعمله فيه، سواء أ كان فى حراسته أو هرب منه أو ضل، وتكون المسئولية قِبَلَ المصاب متى أقام الدليل على الضرر الذى أصابه بفعل الحيوان وأثبت علاقة السببية بين ذلك الضرر والفعل من غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ مالك الحيوان أو مستخدمه .

جاء فى القانون المدنى المصرى القديم فى المادة /١٥٣ والمادة /٢١٥ ما يأتى : —

« يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور ، سواء كان فى حيازته أو تسرب منه » .

وفى القانون المدنى المصرى الجديد المادة ١٧٦ تنص على أن :

« حارس الحيوان ولو لم يكن مالكه مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » .

ونص مثله القانون المدنى السورى فى المادة ١٧٧ . والليبى أيضاً فى المادة ١٧٩ .

أما القانون المدنى اللبنانى فقد نص على :

« ان حارس الحيوان مسئول عن ضرر حيوانه وان يكن قد ضل أو هرب — وحكم هذه التبعة يجرى أيضاً عند انتفاء النص المخالف ، وان يكن الحارس والمتضرر مرتبطين بعقد سابق كعقدالاستخدام مثلا — ولا ترتفع التبعة عن الحارس إلا إذا قام الدليل على قوة قاهرة أو على خطأ ارتكبه المتضرر » .

ولقد نص التقنين المدنى التونسى والمراكشى فى المادة ٩٤ / ٨٦ على أن المرء يسأل عن الضرر الذى يسببه الحيوان الذى يكون فى حراسته ولو ضل هذا الحيوان أو تسرب مالم يثبت أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الحيوان من الأضرار بالغير أو لملاحظته أوأن الفعل الضارناشىء عن حادث فجائى أوقوة قاهرة أو عن خطأ المضرور نفسه .

هذا والتقنين المدنى العراقى فى المادة ٢٢١ وما بعدها لم يأخذ بالمسئولية المفترضة عن فعل الحيوان إلا أنه اقتبس من الشريعة الاسلامية أحكامه فى هذا الشأن فقرر أن « جناية العجماء جبار » وجعلت مالك الحيوان أو مستخدمه مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع حدوث الضرر .

والذى يظهر لنا من دراستنا لتقنينات البلاد العربية أنها تنقسم قسمين : —

القسم الأول : يشمل التقنين المصرى والسورى والليبى واللبنانى والتونسى والمراكشى ويأخذ بما أخذ به التقنين الفرنسى من تقرير مسئولية مفترضة تقع على عاتق مالك الحيوان ومستخدمه وحارسه .

والقسم الثانى : ويستقل بهالتقنين العراقى ويأخذ بالشريعة الإسلامية ويجعل مالك الحيوان أو مستخدمه مسئولا عن فعل الحيوان مسئولية مفترضة فيما يكون قد وقع منه من خطأ تسبب فى وقوع الضرر بفعل الحيوان .

المطلب الأول :

من يسأل عن فعل الحيوان :

لقد نصت المادة ١٧٦ من القانون المدنى المصرى الجديد والمادة ١٧٧ من القانون السورى والمادة ١٧٩ من القانون الليبى والمادة ٩٤ تونسى والمادة ٨٦ مراكش .

على أن المعول عليه فى تعيين من يسأل عن فعل الحيوان إنما هو الشخص المعين لحراسته ولو لم يكن مالكا له والأصل فى الحيوان أن يكون فى حراسة مالكه ولو كان قاصراً أو فاقد العقل مالم يكن لغيره السيطرة الفعلية عليه ويباشرها لحسابه لا لحساب المالك كمستأجر أو مستفيد فإن الحراسة تنتقل مسئوليتها لذلك إلى مستخدم الحيوان باعتباره حارساً له .

ومثله من عليه حفظ الحيوان بحكم مهنته ولو لم يكن يستخدمه كوديعة وبيطار وليس مثله الذى يرعى الحيوان لحساب سيده كالخادم والراعى لأن السيد هو الحارس الأصلى ، أما إذا رعى الحيوان لحساب نفسه فإنه يكون حارسه .

وهذه المسئولية فى القانون تعتبر مسئولية بدلية - Alternative -

بمعنى أنها لا تلزم إلا من كان الحيوان فى حراسته وقت وقوع الفعل الضار ، ولو أفلت منه وأحدث الضرر فى أثناء حراسته ما لم يسرق أو يغصب فإنه يكون فى حراسة من استولى عليه ولو كان استيلاؤه بغير حق ، فيسأل السارق أو الغاصب عما يقع من الحيوان وقتئذ .

المطلب الثانى :

ما يشترط فى الحيوان :

يشترط فى الحيوان الذى وقع بفعله الضرر شرطان .

الشرط الأول :أن يكون حياً (لأن الميت وقت حدوث الضرر لا اعتبار لفعله ولا مسئولية تترتب على فعله) .

الشرط الثانى : أن يكون مملوكا لأحد الأشخاص (ويخرج بهذا الشرط الحيوانات غير المملوكة ، كطيور السماء ووحوش الغابات إلا أن يقوم الدليل على أن شخصاً معيناً تسبب بخطئه فيما وقع من ضرر بفعلها) .

هذا ، والحارس لا يكون مسئولا مسئولية مفترضة عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير إلا إذا توافر هذان الشرطان .

ولا فرق فى الحيوانات التى وقع بفعلها الضرر بين المفترسة والمستأنسة ولا بين الكبيرة والصغيرة ولا الخطيرة ولا غيرها ، ويدخل معنا من الحيوانات الدواب والبهائم بأنواعها من خيل وبغال وحمير وجمال ومواشى ومن الأليفة القطط والكلاب والقردة والطير المملوك والدواجن

بأنواعها ، ومن المفترسة السباع والنمور وغيرها[١] .

---

(١) يراجع كتاب اندرهل فى قانون المسئولية المدنية المادة ٨٦ (من الطبعة الثانية عشر) جاء فيها أحكام مسئولية الشخص عن الحيوان المفترس والاليف وترجمتها :

١ ـ أى شخص يحرس حيوانا مفترسا يكون مسئولا عن أى ضرر ينتج عن عدم أحكام صيانته .

٢ ـ صاحب الحيوان الاليف اذا علم شراسة حيوانه يكون مسئولا عن أى ضرر يحدثه بسبب شراسته اذا لم يحكم صيانته .

٣ ـ صاحب الحيوان الاليف عدا الكلب والقطة يكون مسئولا عن أى ضرر يحدثه باعتدائه .

٤ ـ صاحب الكلب مسئول عن أى ضرر يحدثه الكلب للماشية والدواجن .

٥ ـ فيما عدا ما تقدم صاحب الحيوان الأليف لا يكون مسئولا عما يحدثه من ضرر .

وهذا هو نصها باللغة الانجليزية من كتاب اندرهل فى قانون المسئولية المدنية .

Art. 86 — Damage by Animals :

(1) A person who keeps a wild animal keeps it at his peril, and is liable for all damages which it may do in consequence of his not keeping it securely.

(2) The owner of a domestic animal known by him to be vicious keeps it at his peril, and is liable for all damage which it may do as a result of its known vicious disposition, in consequence of his not keeping it securely.

أما الحيوانات السائبة كالجراد والعصافير غير المملوكة فإن صاحب المزارع لا يسأل عما تحدثه من اضرار إلا إذا ثبت أن ضررها راجع إلى خطئه .

والحاكم فيما مضى كانت ترى أنه إذا وقع الضرر من حيوان كان يقوده ، أو يركبه إنسان اعتبر الضرر حاصلا بفعل الإنسان .

---

(3) The owner of a domestic animal, other than a dog = [or cat, is liable, if it trespasses, for any damage which is a natural consequence of the trespass.

(4) The owner of a dog is liable for any inquiry it causes to cattle and poultry.

(5) With the above exceptions, the owner of a domestic animal (apart from negligence on his part) is not liable for damage which it may do.

ويراجع كتاب بروس فى قانون المسئولية المدنية الامريكى ص ٣١٩ مادة ٥٧ جاء فيه ما ترجمته :

« ان حارس الحيوان اذا كان هـذا الحيوان من النوع الذى يخشى اضراره بأرض الغير يكون مسئولا عندما يرسله (ولو بغير قصـد الحـاق الضرر بالغير) عن أى ضرر يحصل منه بالارض أو النفس أو الممتلكات أو أى ضرر يحتمل أن يحدث بسببه باستثناء الحيوانات التى تساق بالطريق العام .

وحارس الحيوان اذا كان من النوع الخطر بطبعه (وصاحبه يعرف أو يفترض فيه أن يعرف ميوله الشرسة) يكون مسئولا (ولو لم ينو الاهمال أو الاضرار بالآخرين) عما يسببه حيوانه من تلك الميول . . » =

. . . .

= ونص المادة باللغة الانجليزية كالآتى :

LAW OF TORTS

William L. Prosser.

Animals: Page 319

57—Apart from statute, the keeper of an animal for kind likely to do harm to the land of others if it escape is liable, without wrongful intent or negligence, for its trespass upon the land of another, or for any damage it may do to the land, or to the person or property of the owner, of a kind normally to be anticipated following from the tress. For exception is made in the case of animals driven along the public highway.

The keeper of an animal of a species dangerous by nature, or of any animal which he knows, or has reason to know, to have dangerous propensities, is liable, without wrongful intent or negligence, for damage to other resulting from such a propensity.

هذا والمادة ١٣٨٥ من القانون المدنى الفرنسى توجب المسئولية على مالك الحيوان أو مستخدمه فى الوقت الذى يستخدمه فيه سواء بقى الحيوان فى حراسته أم ضل منه أو هرب .

ونص المادة ١٣٨٥فى ترجمة رفاع الطهطاوى لقانون نابليون كالآتى:

« يضمن مالك الحيوان أو مالك منفعته مادام الحيوان تحت استعماله »

« جميع التلف الذى يحصل من هذا الحيوان سواء كان تحت يده أو حفظه أو ضل منه أو انفلت » .

المطلب الثالث :

فعل الحيوان الذى تقوم به المسئولية المفترضة :

كل فعل تسبب فى الاضرار بالآخرين مثل عضة الكلب أو رفسة الجواد وانتقال العدوى من حيوان مريض إلى حيوانات سليمة أو اتلاف مال الغير بفعل الحيوان سواء أكان يقوده مالكه أو حارسه أم يمتطيه فالحارس مسئول مسئولية مفترضة بشرط أن يكون الحيوان قد تدخل تدخلا إيجابيا فى حدوث الضرر ، كما لو جمح جواد وانطلق فى الطريق يلقى الرعب والذعر بين المارة حتى تسبب فى سقوط بعضهم وإصابته بكسر أو جرح وقد أخذت بهذا الرأى قوانين البلاد العربية ماعدا القانون العراقى لسببين :

أولهما : ورود نصوصها فى الموضوع مطلقة من غير أن تفرق بينها .

ثانيهما : الذى يظهر من نصوصها أن مجرد افلات الحيوان هو المقصود من عدم الحراسة ويشترط أن يكون افلاتا يحمل الدليل على عدم قيام الحارس بواجبه ، أما إذا قام بواجبه ولم يتعمد توجيه الحيوان إلى أحداث الضرر بالآخرين فلا محل لتطبيق المسئولية عليه .

المطلب الرابع :

المستفيد من المسئولية المفترضة :

المستفيد من المسئوليه المفترضه هو المصاب دون غيره سواء أكان أجنبياً عن الحارس أم كان هو الخادم أم التابع الذى وكل الحارس إليه العناية بالحيوان أو استغلاله لحسابه ، ويجوز لمالك الحيـــوان الذى جعله فى حراسة آخر إذا أصابه ضرر بفعل الحيوان أثناء تخليه عن

حراسته إلى ذلك الآخر أن يطالب الحارس بالتعويض وفقا لأحكام المسئولية المفترضة ، ويشترط فى المصاب أن لا يكون قد تسبب بخطئه فى حدوث الضرر وإلا فإنه يتعين عليه فى مطالبته حارس الحيوان بالتعويض أن يثبت وقوع خطأ من الحارس طبقاً للقواعد العامة .

ويستفيد أيضاً من عضه كلب طليق خطر يسرح فى حديقة منزل دون ربطه أو تكميمه أو من تصدى لوقف جواد جمح من سائقة فنتج عن تدخلة ضرر لشخصه ولو كان مخطئا بتدخله لأنه قصد أن يعمل عملا إنسانيا ساميا .

المطلب الخامس :

أساس هذه المسئولية وطريقة دفعها :

ان أساس هذه المسئولية هو افتراض وقوع خطأ من الحارس فى اقتناء الحيوان الذى أحدث الضرر أو فى حراسته .

وقد لوحظ أن تأسيس هذه المسئولية على افتراض الخطأ أصبح لا يستقيم مع قضاء المحاكم الأخير ولا مع النص الجديد الذى قنن هذا القضاء ، لأن قرينة الخطأ هذه لابد أن تكون غير قاطعة ما دام لم يرد نص يعتبرها قاطعة .

وقد ذهب بعض شراح[1] القانون فى تبرير ذلك إلى القول بأن هذه المسئولية مبنية على أساس تحمل التبعة إلا أن هذا المذهب مذهب تحمل التبعة لاقى اعتراضات كثيرة وترجح فى هذا الشأن وفى الوقت الحاضر نظرية الخطأ التى يحمل دليلها حدوث الضرر بفعل الحيوان فى ذاته .

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ نبذة ٧٠٦

فأساس المسئولية فى القانون خطأ ثابت وقوعه من حارس الحيوان فى الحراسة وهذا الخطأ يفرض أنه غير راجع إلى سبب اجنبى عن الحارس

فالخطأ فى الحراسة ثابت والسببية مفترضة عندهم.

وقد كان يدفع الحارس هذه المسئولية[1] فى المحاكم الفرنسية ينفى الخطأ عن نفسه فى اقتناء الحيوان وفى حراسته ، غير أن هذه المحاكم عدلت[2] منذ سنة ١٨٨٥ وأصبحت تشترط فى دفع هذه المسئولية إقامة الدليل على أن الفعل الضار وقع بسبب[3] اجنبى عن الحارس كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ شخص اجنبى وعلى ذلك أيضاً جرت المحاكم المصرية .

وقد نص التقنين المدنى المصرى الجديد فى المادة ١٧٦ على أن هذه المسئوليه المفترضة تقوم « مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » مثله نص التقنين السورى والليبى واللبنانى .

أما التقنيان التونسى والمراكشى فقد نصا على أن حارس الحيوان يجوز له أن يدفع مسئوليته المفترضة عن فعل الحيوان بإقامة الدليل على أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنعه من الاضرار بالغير أو أن الفعل الضار نشأ من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو عن خطأ المضرور نفسه المادة ٨٦/٩٤ .

فالمسئولية فى هذين القانونين تعتبر مبنية على أساس خطأ مفترض فرضاً

---

(١) مازو نبذة ١١٣١

(٢) مجلة التشريع والقضاء ٢ – ٢٠٣ – ١٠٣

(٣) نظرية دفع المسئولية للدكتور سليمان مرقص ص ١٢٦ هامش ٥

قابلا لإثبات العكس أى الخطأ المفترض فى حراسة الحيوان أو فى ملاحظته خلافا للحال فى التقنينات السابق ذكرها .

موازنة عامة :

يلاحظ مما تقدم أن الشريعة الإسلامية لا ترى الضمان بالنسبة إلى فعل الحيوان ذاته لأنه ليس أهلا للمسئولية لفقدانه الإدراك الذى يفرق بين الضار والنافع ولفقدانه أهلية الملك التى يتعلق بها إمكان التعويض على المتلف عليه من مال المالك ولقوله صلى الله عليه وسلم « جرح العجماء جبار » .

فالضرر الذى ينتج وينشأ من تلقاء الحيوان من غير تعد من أحد أو تقصير أو عدم تحرز لا يضمنه صاحبه — ويكون هدراً ليس للمضرور عوض عما لحقه من ضرر بسببه لأن الفعل يمحض للدابة وهذا مبدأ سليم لا يحتاج إلى عناء وإعمال فكر فيه مادام قد انتفى من جانب صاحبها كل أسباب التعدى مباشرة أو تسبباً ولكن إذا حدث تعد من صاحب الدابة أو ممن بيده سيطرة عليها سواء كانت الدابة واقفة أو سائرة أو كان فى وسع صاحبها أن يمنع ضررها عن الغير فلم يفعل فحينئذ تنسب الشريعة الإسلامية الضرر إليه مباشرة أو تسببا حسب الأحوال [1] .

هذا ويلاحظ فى القانون أن خطأ حارس الحيوان الذى سبب ضرراً للغير مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس فى بعض القوانين وفى البعض الآخر يقبل إثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى أو قوة

---

(١) قال الامام الشافعى « على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار » .

قاهرة أو حادث مفاجىء أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وعلى أى حال الظاهر لنا من القانون أنه يشدد على صاحب الحيوان ويخفف على المضرور مهمته فى إثبات حقه فى التعويض وذلك بإثبات أن المدعى عليه هو حارس الحيوان وأن الضرر وقع بفعل حيوانه ويكفى أن يثبت أن الحيوان تدخل إيجابيا فى إحداث الضرر لا بفعل شىء آخر حتى ولو كان الحيوان منفلتا .

هذا ، والقانون لا يسأل عديم التمييز عن الضرر الذى حدث من حيوانه لأنه يشترط فى المسئولية أن تكون قائمة على الخطأ والخطأ يستلزم الإدراك وعديم التمييز لا يتصور الخطأ من جانبه (١) .

التشريع الإسلامى يوجب على صاحب الحيوان المسئولية عن فعل حيوانه إذا حدث منه الضرر مباشرة أو تسبباً ومثله يقدر على حفظ الحيوان وتصرفه والاستمساك عليه (٢) .

---

(١) الوسيط للسنهورى ص ١٠٦٥ طبعة سنة ١٩٥٢

(٢) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٨٨ ما يأتى :

« رجل حمل صبيا على دابة فقال له امسك لى فسقط الصبى عن الدابة (فمات) كان دية الصبى على عاقلة الذى حمله على كل حال سواء كان الصبى يستمسك على الدابة أولا وان سقط قبل ما سارت أو بعد ذلك وان سير الصبى الدابة فأوطأ انسانا والصبى يستمسك عليها فدية القتيل على عاقلة الصبى ولا شىء على عاقلة الذى حمله وان كان الصبى لا يستمسك على الدابة لصغره ولا هو ممن يسيرها لصغره كان دم القتيل هدرا وكان بمنزلة الدابة المنفلتة ولو كان راكبا فحمله معه نفسه ومثل هذا الصبى لا يصرف الدابة ولا يستمسك عليها كانت ديته على عاقله الرجل ... » .

المبحث الثانى

المسئولية عن فعل الحيوان

(فى القانون العراقى بوجه خاص)[1]

ان قاعدة « جنائية العجماء جبار » أخذ بها التقنين فى الشريعة الإسلامية وقيدها بوجوب تضمين صاحب العجماء إذا أمكن إضافة فعلها إليه .

وقد جاء فى المادة ٢٢١ من القانون العراقى مايأتى :

« جناية العجماء جبار ، فالضرر الذى يحدثه الحيوان لايضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر »

فصاحب الحيوان لا يضمن إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه مرتبطاً بذلك الضرر بصفة السببية .

وجاء فى المادة ١٨٦ منه — فقرة أولى ما يأتى :

« إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً ، يكون ضامنا إذا كان احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .

وقد قضى القانون العراقى فى هذه المادة على ثمرة التفرقة التى قال بها التشريع الإسلامى بين المباشرة والتسبب ، وعلى ذلك فالقانون العراقى

---

(١) نظرا لأن المشرع العراقى حاول أن يلتزم أحكام الشريعة الاسلامية فى تقنينه للقانون المدنى رأيت أن أدرس ما جاء فيه من أحكام الشريعة الاسلامية بهذا الخصوص .

لا يضمن صاحب العجماء الجانية إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه كما هو الشأن في سائر أحوال المسئولية والضمان .

أحوال الخطأ السلبي :

نصت المـادة ٢٢٢ فقرة أولى من القانون المـدني العراقي على أنه « إذا أضر حيوان بمـال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا » . ونصت نفس المادة في الفقرة الثانية على ما يأتي :

« يضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ، ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان » .

ونص القانون العراقي في المـادة ٢٢٣ في الفقرة الثانية والثالثة على ما يأتي :

« . . . أو انفلتت (الدابة) بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر » .

وجاء في المادة ٢٢٥ من النص التالي :

« ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب . إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع التسبب فسر بها » .

ونصت المادة ٢٢٦ فقرة ثانية من أنه إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه ، فاضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان

إلا إذا أثبت صاحب الدابة التى أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر » .

نرى من هذه النصوص أن المقصود بالخطأ السلبي التقصير أو الامتناع عن أداء واجب إيجابى ، فثبوت الواجب الإيجابي شرط لموضوع التقصير أو الخطأ السلبي . فالشخص لا يعتبر مقصراً بعدم منعه ضرراً معيناً عن الغير ، إلا إذا كان واجباً عليه منع هذا الضرر وفى إمكانه منعه فان لم يمنعه كان ذلك إخلال منه بواجبه وتقصير أو خطأ سلبي يكفى وحده لإيجاب الضمان عليه ولو لم يقع منه أى تعد إيجابى ، فالمشرع العراقى استغنى عن الإشهاد على صاحب الحيوان إذا كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعيب حيوانه ، وبذلك الزم صاحب الحيوان بمنع ضرره عن الناس بمجرد علمه بعيبه وإن لم يطلب منه ذلك ، إلا إذا لم يكن فى وسعه منع الضرر أو كان عدم منعه إياه راجعا إلى سبب أجنبي عنه .

أحوال الخطأ الإيجابى :

جاء فى القانون المدنى العراقى فى المادة ٢٢٣ فقره أولى أنه :

« إذا أدخل شخص دابة فى ملك غيره ضمن ضرر تلك الدابة سواء أ كان راكباً أم سائقاً أم قائداً موجوداً عندها أم غير موجود » .

كما نصت المادة ٢٢٥ فقرة أولى منه أنه :

لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الأحوال » :

وأيضاً جاء فى المادة ٢٢٦ فقرة أولى منه أنه :

« إذا ربط الدابة صاحبها فى ملكه ثم ربط آخر دابته فى ملك الأول بدون إذنه واضرت دابته دابة صاحب الملك فيضمن لأنه متسبب متعد

وجاء فى نفس المادة فى فقرتها الثالثة أنه إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط ، واضرت دابة الرابط مؤخراً دابة الرابط أولا لزمه الضمان لأنه متسبب متعد .

والظاهر من النصوص الواردة أن كل فعل يأتيه الشخص اخلالا بواجب سلبى يفرض عليه الامتناع عن ذلك الفعل الضار يعتبر خطأ إيجابيا ، ومثال ذلك دخول ملك الغير بغير إذنه فانه يعتبر اخلالا بواجب مقابل بحق الملكية للغير .

فإذا ارتكب شخص خطأ إيجابيا كان سببا فى حدوث ضرر للغير بفعل حيوانه ضمنه ، سواء أوقف دابته فى الطريق العام بلا ضرورة ، أم ربطها فى غير المحال المعدة لوقوفها .

أحوال لا ضمان فيها :

نصت المادة ٢٢٤ من القانون العراقى على ما يأتى : —

« لا يضمن المار بحيوانه فى الطريق العام راكبا أو سائقا ، أو قائدا الضرر الذى لا يمكن التحرز منه فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان .

وجاء فى المادة ٢٢٦ فقرة أولى أنه :

« إذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الأول بدون أذنه فلا ضمان » .

ونصت المادة نفسها فى الفقرة الثالثة على أنه :

« إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط واضرت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخراً فلا ضمان » .

هذا ، ويمكننا أن نأخذ بطريق مفهوم المخالفة من نص المادة ٢٢٢ الآتية : —

« إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا ، على أن صاحب الحيوان لا يضمن ضرره إذا لم يره يحدث الضرر ، وأن صاحب الثور النطوح والكلب العقور كذلك لا يضمن إذا لم يعلم بعيب الحيوان ولم يكن ينبغى عليه أن يعلم به » .

والظاهر أن علة عدم الضمان هى إنتفاء الخطأ .

الشخص الذى عليه ضمان جناية العجماء فى الشريعة .

إذا ثبتت شروط الخطأ فى جانب المالك أو الحارس فالضمان عليهما فى جناية العجماء .

أما إذا لم تثبت شروط الخطأ فى جانب المالك أو الحارس ، فإذا ثبت أن فعل الدابة راجع إلى فعل شخص غيرهما ليس له السيطرة الفعلية فى توجيه الحيوان ، وليس ملزما بأى واجب إيجابى يفرض عليه منع الحيوان من الإضرار بالغير ، فإن هذا الشخص يضمن إذا وقع منه فعل إيجابى مما يعد خطأ وكان هو الذى دفع الدابة إلى أحداث الضرر كما لو نخس أحد المارة دابة واقفة فى ملك صاحبها أو أخافها حتى إندفعت وأحدثت ضرراً بالغير .[1]

هذا ، وأطلقت المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى العراقى التعبير حتى جعلت

---

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٨٧ و ص ١٨٨

الضمان يشمل كل شخص يدخل دابة فى ملك الغير بدون إذنة أو يسير بها فى الطريق العام فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ، سواء أكان الشخص راكباً أو سائقاً أو قائداً ، فإنه يضمن ضرر الدابه جزاء خطئه فى إدخالها فى ملك غيره دون إذنه أو فى عدم إحترازه أثناء السير بها فى الطريق العام أو فى وقفها أو ربطها فيه حيث لا يجوز ذلك ، ما دامت الدابه تحت سيطرته .

فالقائد أو السائق أو الحارس للدابة الخاضعة لسيطرته إذا رآها تلحق الضرر بغيره أو علم أو كان ينبغى أن يعلم بوجود عيب فيها يجعلها تهدد بالحاق الضرر بالغير وجب عليه منعها من ذلك وإن لم يفعل ضمن .

مسئولية حارس الحيوان مفترضة فى حالة واحدة :

إذا ثبت اخلال حارس الحيوان بالتزامه بمنع الدابة من الإضرار بالغير مع تمكنه من التحرز منه فإن القاعدة العامة فى القانون تقضى بتضمينه ، وعلى المتضرر أن يثبت خطأ الحارس فى عدم منع الحيوان من الإضرار به ، وللقاضى أن يستنبط ذلك من ظروف الحال أخذاً بالقرينة القضائية على اهمال الحارس فى إتخاذ ما يلزم لمنع الحيوان من الإضرار بالغير.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعتبرون أن الراكب الذى يمر بدابته فى الطريق العام مسئول عن أى ضرر يقع من مصادمتها أو لطمت يدها أو رأسها لأنه يمكنه التحرز من ذلك .

وأما التقنين العراقى فقد اتخذ موقفاً وسطاً بين القاعدة العامة فى

القانون ورأى فقهاء الشريعة ، فلم يكتف بسلطة القاضى بإستنباط خطأ الحارس من طريق القرائن القضائية ، لتأرجح مسئولية الراكب وتوقفها على تقدير القاضى ، الآمر الذى قد يختلف فيه القضاة ولا يخضعون فيه لرقابة المحكمة العليا ويتعذر مع ذلك كفالة الحكم بالتعويض للمتضرر بشكل يمكن للقاضى أن يلزم به المسئول عن الضرر ، ويمكن معه إطمئنان الناس لعدالة المحكمة .

هذا ولم يذهب المشرع العراقى إلى الحد الذى ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلاميه الذين اعتبروا مجرد وقوع الضرر الذى يمكن التحرز منه دليلا على تقصير الراكب وأوجبوا به الضمان .

وقد نص فى المادة ٢٢٤ فقرة ثانيه على أن :

« الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمت يدها أو رأسها يضمنه المار بحيوانه فى الطريق العام ، راكباً أو قائداً أو سائقاً إلا إذا ثبت انه اتخذ الحيطه الكافيه لمنع وقوعها وبذلك أنشأ قرينة قانونيه بموجبها يفرض فى الراكب أو السائق أو القائد المار بحيوانه فى الطريق العام أنه قصر فى إتخاذ الحيطه الكافيه لمنع ضرر حيوانه الذى كان يمكنه التحرز منه ، وجعل هذه القرينه بسيطه تقبل إثبات العكس فتسقط ويرتفع الضمان عن المار بحيوانه بمجرد إثباته انه اتخذ الحيطه اللازمه لمنع وقوع الضرر ، كما هو الحال فى التقنينين التونسى والمراكشى .

وعليه فالمادة ٢٢٤ فقرة ثانيه تتضمن حكما إستثنائياً فيه خروج

عن القاعدة العامه فى إثبات الخطأ ، ما كان المستطاع الآخذ به دون نص، فيتعين تطبيقه بدقة بحيث لا يتجاوز فيه الحالة التى نص عليها ، ويشترط فيها شرطان :

الشرط الأول : أن يكون ثمه شخص يمر بحيوانه فى الطريق العام سواء أكان راكباً أو سائقاً أو قائداً أو حارساً .

الشرط الثانى: أن يحدث الحيوان ضررا للغير يمكن التحرز منه .

هذا ،والخلاصه فإن القانون العراقى ترك مسئوليه المرء عن الضرر الذى يحدثه حيوانة للغير خاضعه للقواعد العامه ، بحيث لا يسأل مالك الحيوان أو حارسه الذى يملك عليه سيطرة فعليه عن ذلك الضرر الا اذا ثبت وقوع خطأ من واحد منهما أدى إلى أحداث الحيوان هذا الضرر ، وبذلك لم يأخذ بما أخذت به القوانين الأخرى من مسئوليه حارس الحيوان المفترضه إلا فى حالة واحدة هى التى نصت عليها المادة ٢٢٤ فقرة ثانيه وأقام القانون العراقى عليها هذه المسئوليه على أساس الخطأ المفترض فرضاً قابلا لإثبات العكس .

* * *

الباب الرابع

المسئولية عن فعل الجمادات

تمهيد :

إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر أن الجمادات يمكن أن توجب مسئولية لأنها كالعجماء لا تكتسب حقاً ولا تتحمل واجباً ، إلا أن المسئولية تترتب عن فعلها الضار الذي يكون عادة تسبباً بالقياس إلى صاحبها أو حارسها الذي يضمن ما نتج عن فعلها الضار في حالة التسبب بالمعنى والشروط التي مر ذكرها في جناية الحيوان وأهمها التعمد بمعناه المخصوص الذي مر ذكره .

قال صلى الله عليه وسلم « العجماء جبار ، والبئر جبار والمعدن جبار »

ومن الأمثلة المنقولة من شروح هذا الحديث المثال الآتي :[1]

لو حفر أحد بئراً أو معدناً في محل يجوز له فيه ذلك ، فسقط في البئر أو المعدن شخص آخر ، فلا ضمان على الحافر .

وكذلك لو استأجر من يحفر له بئراً في ملكه فانهارت عليه فلا ضمان على صاحبها .

---

(1) شرح العيني على البخاري ج ٩ ص ١٠٢ .

وشرح النووي على مسلم ١١ ص ٢٢٦

وكذا من أشعل ناراً فى يوم شديد الريح فاحرقت شيئاً فإنه يضمنه ومثل النار الماء[1] .

---

(١) يراجع الخرشى ج ٨ ص ١١١

فى القانون الانجليزى نجد نفس الموضوع ولكن بشىء من التفصيل واليك ما جاء فى كتاب اندرهل الطبعة ١٦ فى قانون المسئولية المدنية المادة ٨٧ :

Art. 87 :

Duty to keep fire from doing Mischief.

(1) If a person intentionally makes a fire on his land he must see that it does no harm to others and answer for the damage if it does.

(2) If a person by his negligence allows a fire to arise on his land he is liable if it spreads to his neighbour's land and does damage.

(3) If a fire accidently arises on a person's land and it spreads without negligence on his part he is not answerable.

(4) Where a person brings fire into dangerous proximity to another's land without statutary authority he does so at his peril, and is liable if it does damage. If he has statutory authority he is only liable if the damage results from negligence in using his statutory powers.

وترجمة المادة ٨٧ باختصار كالآتى :

« أ » الشخص الذى يحدث نارا فى أرضة يكون مسئولا عما تحدثه من ضرر بالغير .

«ب» اذا سمح شخص باهماله لأن تنتشر النار يكون مسئولا عما تسببه من اضرار بالآخرين .

=

ومن هذه الأمثلة نستدل على أن الأصل فى الفقه الإسلامى عدم الضمان إذا تسبب الجماد فى إتلاف نفس أو مال ما لم تتوافر اشتراطات لازمة لتضمين صاحبه ومن ثم فإن معرفة الضمان وعدمه فى هذا الباب ميدان للاجتهاد والاختلاف فى المذاهب الإسلامية غالبا ما يكون فى تطبيق مفهوم الحديث الشريف سالف الذكر على القضايا العملية .

وأما فى القوانين الحديثة فإن الأصل فى الأضرار التى تحدث للنفس أو المال نتيجة فعل الجمادات الضمان لأن القائلين منهم بنظرية المخاطرة أو التبعة لا يشترطون إثبات خطأ صاحبها والقائلين منهم بنظرية الخطأ المفترض يفترضون وجوده افتراضاً .

جاء فى القانون المدنى المصرى الجديد مثلا فى المادة ١٧٨ : « كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة وحراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة .

وجاء فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٣١ منه المعدله بالمرسوم الاشتراعى عدد ٥١ المؤرخ فى ٥ تشرين الثانى سنة ١٩٣٢ :

= « ج » اذا انتشرت النار قضاء وقدرا على أرض شخص ثم بغير اهمال منه تعدت الى أرض غيره يكون غير مسئول عما تنتجه .

« د » اذا أحضر شخص نارا خطرة بالقرب من ملك غيره وبغير مسوغ قانونى، يكون مسئولا عما تحدثه من ضرر وإذا كانت له سلطة قانونية تخول له ذلك فانه لايكون مسئولا الا عما ينتج عن اهماله فى حدود سلطته .

« أن حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولا عن الأضرار التى تحدثها تلك الجوامد ، حتى فى الوقت الذى لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية كالسيارة وقت السير أو الطيارة وقت طيرانها أو المصعد (الأسانسير) وقت استعماله وتلك التبعة الوضعية لا تزول إلا إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر ولا يكفى أن يثبت الحارس أنه ارتكب خطأ . . »

ونرى فى القانون الإنجليزى نفس هذه القاعدة الواردة فى نص القانون اللبنانى ولكن واضحة فى الضرر الحاصل من الأشياء الخطرة فقط وتشتهر هذه القاعدة عند الإنجليز فى قضية « رايلاند على فليتشر » وهى قضية صدر حكمها فى عام ١٨٦٨ بإنجلترا وتركت مبدأ عاما يتلخص فى أن من وضع فى ملكه شيئاً شديد الخطر يكون مسئولا عن الضرر الذى ينشأ عنه وإن لم يكن صاحبه مهملا فى وضعه .[١]

* * *

---

(١) يراجع كتاب اندرهل فى المسئولية المدنية مادة ٨٥
See Undeirhill -- law of torts -- art 85

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الابنية وملحقاتها فى الشريعة والقانون :

المبحث الأول

المسئولية الناتجة عن سقوط الحيطان والابنية فى الشريعة :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية فى أن من بنى حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك الغير ابتداء من وقت بنائه يكون مسئولا عن كل مايحدثه سقوط ذلك الحائط من أضرار بالآخرين لأن البناء كان فيه عيب تسبب فى سقوطه فنجم عن ذلك تعد على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه .

ويجرى هذا الحكم بوجه عام على جميع الابنية المائلة والخارجة إلى الطريق ، كاشراع الجناح أى « أخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه » ونحوه [1] .

وقد اختلف الفقهاء فى الحائط الذى بنى مستقيما ثم مال بعد حين : هل يضمن صاحبه ما يحدثه من الضرر لسقوطه أم لا يضمن ؟

---

(١) « أ » درر الحكام ج ٢ ص ١١١

«ب» الوجيز ج ٢ ص ١٥٠

« ج » الخرشي ج ٨ ص ١١١ جاء فيه «من بنى حائطا مائلا ضمن من غير تفصيل » .

« د » جاء فى المغنى ج ٧ ص ٨٢٧ ما يأتى : «واذابنى فى ملكه =

وينحصر اختلافهم فى آراء ثلاثة وهى (٢) :

الرأى الأول : هو رأى امام الشافعى وأبو سعيد الاصطخرى ويقول بعدم الضمان فى جميع الأحوال ، سواء طلب من صاحبه هدمه أم لم يطلب منه ذلك (١) .

= حائطا مائلا الى الطريق او الى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا » .

(٢) « أ » المبسوط جـ ٢٧ ص ٩ ، «ب» والميزان جـ ٢ ص ١٢٥ جاء فيه ما يأتى :

« ومن ذلك قول أبى حنيفه انه اذا مال حائط انسان الى طريق أو ملك غيره ثم وقع على شخص فقتله فان كان طولب بالنقض فلم يفعل مع التمكن ضمن ما تلف بسببه والا فلا مع قول مالك وأحمد فى احدى روايتيهما أن عليه الضمان ان لم ينقض زاد مالك بشرط أن يشهد عليه بالامتناع من النقض مع القدرة عليه ومع قول مالك فى الرواية الاخرى أنه ان بلغ الخوف الى حد لا يؤمن معه الاتلاف ضمن ما أتلفه سواء تقدم طلب أو لا وسواء أشهد أم لا ومع قول أحمد فى الرواية الاخرى وأصحاب الشافعى فى أصح الوجهين انه لا يضمن فالأول مفصل والثانى فيه تشديد والثالث مخصص فرجع الأمر الى مرتبتى الميزان » .

«جـ » المغنى جـ ٩ ص ٥٧٢

(١) جاء فى المهذب جـ ٢ ص ١٩٣ ما يأتى : اذا بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان احدهما وهو قول أبى اسحق انه يضمن لأنه لما مال الى الطريق لزمه ازالته فاذا لم يزله =

الرأى الثانى : وهو رأى الأمام أحمد بن[1] حنبل وابن أبى ليلى وأبو ثور واسحق ويقول : بأن صاحب الحائط يضمن الضرر الذى يحدث بسقوط البناء مطلقا ، سواء طلب منه الهدم عند ميله أم لم يطلب .

الرأى الثالث : هو رأى الجمهور من الفقهاء ومن بينهم الأمام مالك وأصحاب بن حنبل ، وهذا الرأى عند الحنفية استحسان يخالف القياس الذى يقضى بعدم الضمان مطلقا كالرأى الأول .

= صار متعديا بتركه فضمن من هلك به كما أو أوقع حائطا مائلا الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان — والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يضمن وهو المذهب لانه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فاشبه ما اذا وقع من غير ميل » .

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٢٨ فقد جاء فيه ما يأتى : « وان مال قبل وقوعه الى هواء الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فان لم يمكن نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط فى ترك نقضه بعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فان أمكنه نقضه فلم ينقض لم يخل من حالين : أحدهما — أن يطالب بنقضه ، والثانى — أن لا يطالب به ، فان لم يطالب به لم يضمن فى المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعى ونحوه قال الحسين والنخعى والثورى وأصحاب الرأى لأنه بناه فى ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبى ليلى وأبو ثور واسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه ، واما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها ، وقال أصحابنا يضمن وقد اوما اليه أحمد وهومذهب مالك ، ونحوه قال الحسن والنخعى والثورى» =

يرى أصحاب هذا الرأى وجوب الضمان إذا تقدم أحد أصحاب العلاقة وطالب [١] صاحب الحائط بهدم الحائط قبل سقوطه أما إذا سقط الحائط قبل المطالبة واتلف إنسانا أو مالا أو أحدث بهما ضررا فلا ضمان على مالك الحائط لأنهم يشترطون لأجل الضمان فى هذه المسألة أن يطالب أحد أصحاب العلاقة بهدم الحائط قبل سقوطه .

دليل الرأى الأول : يدعم أصحاب هذا الرأى رأيهم بأن صاحب الحائط بناه فى ملكه والسقوط حدث بغير فعله [٢] فأشبه ما إذا وقع من غير ميل .

---

(١) المطالبة هى التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وازالته قبل وقوعه بوقت كاف للهدم ، ويشترط أن يكون الطلب صادرا ممن له حق فى المطالبة ، ويستحسن احتياطات الاشهاد عليه حتى يمكن اثباته اذا أنكر صاحب الحائط (تراجع مجلة الأحكام العدلية المادة ٨٨٩) ويراجع الخرشى جـ ٨ ص ١١١ جاء فيه : « يضمن من سقط جداره على شىء فاتلفه بشروط ثلاثة : الأول — أن يميل بعد أن كان مستقيما فلو بناه مائلا يضمن من غير تعطيل . الثانى — أن ينذر صاحبه أى أن يقال له أصلح جدارك ويشهد عليه بذلك وصرح بقوله صاحبه المرتهن والمستعير والمستأجر فلا يعتبر الاشهاد عليهم اذ ليس لهم الهدم . الثالث — أن يمكن تداركه أى بأن يكون هناك زمان متسع يمكن الاصلاح فيه والا فلا ضمان » .

(٢) « أ » المذهب جـ ٢ ص ١٩٣ طبعة الحلبى .

«ب» المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ٢٤٧

«جـ» البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٥٥

« د » فتح القدير جـ ٨ ص ٣٤١

« هـ » الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٥٠٢ فما بعدها بهامش الهندية .

دليل الرأى الثانى : يستدل أصحاب هذا الرأى بأن صاحب الحائط متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء (١) .

دليل الرأى الثالث : ويمكن أن يستدل لهؤلاء بأن حق المرور للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزل ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان فإنه يضمن .

وهذا الرأى يفصل فيقول بعدم الضمان إذا لم تكن مطالبة بالهدم ، وبالضمان إذا كانت هنالك مطالبة بالهدم ويشترط أصحاب هذا الرأى للضمان تقدم المطالبة إلى صاحب الحائط لأن الضمان يقع عليه ولهذا لا تصح عندهم مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن لأنه ليس لهم ولاية النقض للحائط المائل (٢) .

ومثل الحائط المائل عند الفقهاء الحائط المتشقق الذى يخشى منه السقوط « كالمتشقق بالعرض » فإن حكمه حكم الحائط المائل لأنه يخشى منه التلف (٣) .

---

(١) يراجع المغنى جـ ٧ ص ٨٢٨

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٢٨٤ والمغنى جـ ٧ ص ٨٢٨
الهداية جـ ٤ ص ١٥٩

(٣) « أ » مجمع الضمانات ص ١٨٤
«ب» هامش الخرشى على المختصر جـ ٨ ص ١١١
«جـ» المغنى جـ ٧ ص ٨٢٨
« د » وجاء فى مجمع الضمانات ص ١٨٢ ما نصه : =

والذى يظهر من هذا الرأى الأخير هو أن أصحابه خففوا على صاحب الحائط المستقيم الذى مال ثم سقط وسبب ضررا للغير ، لأنهم لم يوجبوا مسئوليته إلا إذا كان تقصيره ظاهرا وواضحا إلى حد يمكن من لهم علاقة بالحائط بتنبيهه لمنع الضرر عنهم وينعدم بمطالبتهم للعذر عنه بجهله بميل الحائط .

وأما الرأى الأول القائل بعدم الضمان فانه يعدم موافقته للعدل والانصاف وعدم مراعاته لمصالح الناس وحقوقهم فى نظرى ضعيف .

وأما أصحاب الرأى الثانى الذى يوجب الضمان بدون مطالبة سابقة

= « رجل مال حائط داره الى الطريق أو الى ملك انسان فسقط واتلف انسانا أو مالا ، ان سقط قبل المطالبة والاشهاد لا ضمان عليه وان طولب بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما اتلف من نفس أو مال وشرط وجوب الضمان المطالبة بالاصلاح والتفريغ ولا يشترط الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فان كان الحائط مائلا الى الطريق فأى الناس أشهد على صاحبه فهو اشاد ويستوى فيه المسلم والذمى رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا وان كان الى دار انسان فالمطالبة الى مالك الدار خاصة وان كان فيها سكان كالمستعير والمستاجر كان لهم أن يطلبوه وتصح المطالبة بالتفريغ عند القاضى وغيره ، أو لم يكن هناك أحد وشرطها أن يكون ممن يتمكن من نقضه وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن من نقضه لا تصح المطالبة منه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار وتصح من الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك ومن الوصى ... وصورة الاشهاد والمطالبة أن يقول الرجل أشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا ، كذا فى النهاية . قال قاضيخان وصورة الاشهاد اذا كان مائلا الى الطريق أن يقول له واحد أن حائطك هذا مائل أو متخوف أو متصدع فأهدمه ... »

فانه يشدد على صاحب الحائط الخطر ويوجب عليه أن يتنبه من عند نفسه إلى سلامة ممتلكاته ويعتبر ميل الحائط وتشققه سببا كافيا للتقصير الموجب للمسئولية ، ولهذا هو أقرب الآراء الثلاثة للنظرية القانونية المعاصرة ويوافق المصلحة العامة ويعتبر صاحب الحائط الخطر إجتماعيا بطبعه يلزمه أن يتصرف تصرفا يراعى فيه أموره بتبصر وعقل حتى لا يضر بغيره جهد الطاقة .

المطلب الأول :

شروط تحقق المسئولية من سقوط البناء :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لافرق عندهم فى أحكام تحقق المسئولية من سقوط البناء بين الضرر الذى يقع على نفس الإنسان وبين الضرر الذى يقع على أى شىء آخر من حيوان أو بناء أو متاع إذا تحققت الشروط الآتية وهى :

الشرط الأول : أن يكون للجماد (الذى تسبب فى الضرر الحادث بسقوطه) شخص له حق التصرف فيه والقدرة على رفع الضرر ولو حكما كالمالك والقيم والولى والوارث والراهن [١] ومثلهم أحد الشركاء ولو الورثة استحسانا حتى يستطيع المضرور مطالبته بالتعويض .

الشرط الثانى : أن يحدث الضرر بسبب سقوط البناء أو مايتصل به إلى الطريق أو إلى ملك الغير بعد المطالبة والاشهاد عند بعضهم [٢] فى

---

(١) يراجع ابن عابدين ج ٥ ص٥٨٨ جاء فيه « ولو حكما من حيث قدرته على رفع هذا الضرر » .

(٢) «أ» يراجع مجمع الضمانات ص١٨٣ جاء فيه «رجل مال حائط داره =

بعض الاحوال. ومن غير حاجة إلى إشهاد أو مطالبة فى احوال أخرى.

وعلى ضوء ما سبق آنفا يتضح جليا أن أساس المسئولية عن سقوط البناء عند فقهاء الشريعة الإسلامية التعدى الثابت فى الحكم والتقدير مثل أن يشيد الشخص بناء ماثلا من الأصل أو يشرع جناحا أو ميزابا أو شرفة إلى ملك الغير من غير اذن منه أو إلى الطريق فان المسئولية تثبت على الشخص بسقوطه من غير إشهاد أو طلب لوضوح التعدى أو يشيد بناء مستقيما ثم يميل أو يتشقق ويخشى وقوعه فالضمان على صاحبه بعد الاشهاد والطلب على رأى، ومطلقاً على رأى آخر. [1]

* * *

= الى الطريق أو الى ملك انسان فسقط وأتلف انسانا أو مالا، أنسقط قبل المطالبة والاشهاد فلا ضمان وان طولب بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يتعذر عليه نقضه حتى سقط ضمن ما اتلف من نفس أو مال، وشرط وجوب الضمان المطالبة بالاصلاح والتفريغ ولا يشترط الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره ...».

«ب» ويراجع المذهب للشيرازى ج ٢ ص ١٩٣.

«ج» ويراجع الخرشى ج ٨ ص ١١

(١) يراجع الخلاف فى الميزان ج ٢ ص ١٢٥

«أ» يراجع الخلاف فى الميزان ج ٢ ص ١٢٥

«ب» ويراجع المهذب ج ٢ ص ١٩٣

المطلب الثانى :

أحكام الحائط المشترك بين عدة مالكين والآيل للسقوط :

إذا قدم طلب الهدم إلى أحد المشتركين ، فان الحنفية اختلفوا فيمن يضمن الضرر الذى يقع من سقوطه فإن أبا حنيفة وجمهور الفقهاء قالوا بتضمين من طولب بالنقض بحق نصيبه مما أحدثه الحائط وذلك لأنه يتمكن من إصلاح نصيبه بطريق المرافعة إلى القاضى وقال الصاحبان ان على هذا الشريك ضمان نصف الضرر [١] وسبب اختلافهم القياس لأن القياس أن لاضمان على أحد الشركاء ولأن أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه .

---

(١) « أ » فتح القدير ج ٦ ص ٣٤٣

«ب» المبسوط ج ٢٧ ص ١٠

« ج » الزيلعى على الكنز ج ٦ ص ١٤٨

« د » المغنى ج ٧ ص ٨٢٩ جاء فيه :

« وان كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحـدهم بنقضه احتمل وجهين احدهما لا يلزمه شيء لأنه لايمكنه نقضه بدون اذنهم فهو كالعاجز عن نقضه . والثانى يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه والزامهم النقض فصار بذلك مفرطا » .

المطلب الثالث :

الضرر الناتج من عدم رفع الانقاض :

ان الحائط إذا انهدم ولم يرفع صاحبه أنقاضه ، فعثر به إنسان فعطب أو مملوك للغير فمات ، فإن الضمان يكون على صاحب الحائط المهدوم إذا طولب برفع الانقاض فلم يفعل حتى سقط الحائط وقال بعضهم بأن عليه الضمان وان لم يطالب برفع الأنقاض وذلك عند محمد بن الحسن .

أما عند أبى يوسف فلا ضمان إلا إذا طولب أيضاً برفع الأنقاض بعد سقوط الحائط [1] .

المطلب الرابع

وقوع بعض الجمادات المنقولة :

إن الضرر الذى يحصل من وقوع بعض الجمادات المنقولة يعتبر

---

(١) البدائع جـ ٧ ص٢٨٤ جاء فيه : « ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب برفع النقض يضمن لأنه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه فلا ضمان عليه عند أبى يوسف وعند محمد يضمن ، وجه قوله انه لما طولب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان ووجه قول أبى يوسف أن الحائط قد زال عن الموضع الذى طولب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى كمن وضع حجرا فى الطريق فدحرجتـه الريح الى موضع آخر فعطب به انسان فانه لاضمان على الواضع كذا هنا ... » .

اضراراً بالتسبب ولا ضمان على المتسبب إلا بالتعمد ولاضمان عليه إذا انعدم التعمد أى التقصير أو عدم التحرز مع القصد .

ومن الأمثلة على ذلك :

ان يضع شخص جرة أو حجراً على حائطه أو سطحه وضعا متطرفا ونحو الطريق العام أو فوق ملك الغير فترميه الريح على إنسان فتقتله أو تجرحه أو ترميه على شيء فتتلفه ، فان الواضع لذلك يضمن لما يحدثه وقع الجرة أو الحجر من الضرر لأنه متعد فى عمله الذى وقع تسبباً منه كالذى يبنى حائطاً مائلا [1] .

وعند الإمام أبي يوسف من الحنفية لووضع كل من رجلين جرة فى الطريق العام فتدحرجت إحدى الجرتين على الأخرى فانكسرتا جميعاً فان كلا منهما يضمن ما تلف لصاحبه [2] .

قال أصحاب الشافعى ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب عليه ضمان ما أتلفت .

وقال الحنابلة « إذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتلته أو شيء أتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله

---

(١) « أ » جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢٢

« ب » المغنى ج ٧ ص ٨٢٨ جاء فيه « كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان يتعين الضمان » .

(٢) « أ » جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢٢

« ب » مجمع الضمانات ص ١٤٩

« ج » الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٤٩٨

« د » المغنى ج ٧ ص ٨٣٠

ووضعه له كان فى ملكه ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه تسبب فى القائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطاً مائلا [١].

المطلب الخامس

سقوط مايلحق بالحائط من الشرفات والمصاعد والميازيب والأجنحه:

إذا شيد شخص شرفة أو مصعداً أو ميزابا أو جناحا مطلا على ملك الآخرين أو الطريق العام ومتصلا بالبناء فان المسئولية تثبت على صاحبه بما يتلف بسقوطه لأن فى البناء تعديا منذ الإبتداء ولأنه شغل هواء الغير وهواء الطريق بغير حق وهما فى الحكم كامل ملك الغير وكان الأول ملك للغير والثانى حق للمارة وعلى من أحدث فيهما شيئاً يكون متعديا وعليه الضمان .

قال الحنابلة [٢] بمسئولية من بني حائطاً أو ميزابا إلى الطريق أو إلى

(١) المغنى ج ٧ ص ٨٣١.

(٢) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٣١ جاء فيه :

« وان اخرج ميزابا الى الطريق فسقط على انسان أو شيء فأتلفه ضمنه. وبهذا قال أبو حنيفة وعن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه على ملكه وقال الشافعى : ان سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انتصف الميزاب فسقط منه ما خرج من الحائط ضمن جميع ما تلف به لأن كله فى غير ملكه . ولنا ما سبق فى الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح فانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئا يضربه فاشبه مالو أخرجه الى ملك آدمى معين بغير اذنه فاما ان أخرج الى ملك آدمى معين شيئا من جناح أو ميزاب أو غيره فهو متعد ويضمن ما تلف به لا أعلم فيه خلافا» .

ملك غيره فسقط على شيء فأتلفه وأن على صاحبه الضمان لأنه معتد بذلك ولا خلاف بين جمهور الفقهاء فى ذلك[1] .

---

(١) « أ » يراجع المبسوط جـ ٢٧ ص ٦ جاء فيه « واذا أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة فى الطريق أو شرع كنيفا أوحياضا أو ميزابا أو وضع فى الطريق جذعا فهو ضامن لما أصاب من ذلك لأنه متسبب لهلاك ما تلف بما أحدثه هو ، ومتعد فى هذا التسبب لأنه أحدث فى الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور فى الطريق الذى هو من حقهم ووجوب الضمان لصيانة دم المتلف من الهدر » .

«ب» يراجع مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٣٢٢ جاء بهامشه للمواق ما يأتى :

« كسقوط ميزاب ـ ابن شاس ، من سقط ميزابه على رأس انسان فلا ضمان عليه » .

« جـ » يراجع الخرشى على المختصر جـ ٨ ص ١١١ – ١١٢ جاء فيه : « كسقوط ميزاب أو بعث ريح لنار (ش) يعنى أنه من اتخذ ميزابا لمطر فسقط على شيء فأتلفه من نفس أو مال فانه لا ضمان عليه بل هو هدر ومثله الظلة وحفر البئر أو السرب للماء فى داره وأرضه حيث يجوز له اتخاذه قال المؤلف وينبغى أن تعتبر هذه الأمور بما فى مسئلة الجدار ... » .

وقد جاء فى صفحة ٢٢١ بخصوص قيود الجدار ما يأتى :

« وكذلك يضمن من سقط جداره على شيء فأتلفه بشروط ثلاثة : ...

المبحث الثانى

المسئولية عن فعل الأبنية وملحقاتها فى القانون

المطلب الأول :

مسئولية مالك البناء :

إن التقنين المدنى العراقى فى المادة ٢٢٩ يلتزم فى شأن مسئولية مالك البناء حكم القواعد العامة ويشترط ثبوت خطأ المالك مع تسهيله إثبات هذا الخطأ إلى حد كبير .

= (الأول) أن يميل بعد أن كان مستقيما فلو بناه مائلا يضمن من غير تفصيل .

(الثانى) أن ينذر صاحبه أى بأن يقال له أصلح جدارك ويشهد عليه بذلك عند من له النظر لا ان أشهد عليه عند غيره فانه لم يشهد عليه لم يضمن ولو كان مخوفا ما لم يقر بذلك ...

(الثالث) أن يمكن تداركه أي بأى يكون هناك زمان متسع يمكن الاصلاح فيه والا فلا ضمان ... »

« د » يراجع أيضا المهذب للشيرازى ج ٢ ص ١٩٣ جاء فيه ما نصه :

« وان أخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف ديته لأن بعضه فى ملكه وبعضه خارج من ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج من ملكه ... وان نصب ميزابا فوقع على انسان فمات به ففيه قولان ، قال فى القديم لا يضمن لأنه مضطر اليه ولا يجد بدا منه بخلاف الجناح وقال فى الجديد يضمن لأنه غير مضطر اليه لأنه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا يجرى الماء اليها فكان كالجناح » .

والمادة ٩٧ / ٨٩ من القانونين التونسى والمراكشى نصتا على أن المسئولية ليست ملازمة لمالك البناء بل قابلة للانتقال إلى من يتولى العناية به .

ونصت المادة ١٧٧ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٧٨ من التقنين السورى والمادة ١٨٠ من التقنين الليبى على أن المصاب يعفى من عبء إثبات نقص فى صيانة البناء أو عيب فى تشييده ، ويكلف المالك أن ينفى ذلك ، ثم يخفف عن المالك ويجعل هذه المسئولية غير لازمة للملكية بل مرتبطة بالحراسة .

هذا ، وجاء فى الفقرة الأولى من التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٧٧ أن :

« حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولوكان انهداماً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه ، فمسئولية الحارس مقررة ابتداء حتى ينفى الحارس وجود نقص فى الصيانة أو عيب فى البناء كان سبباً فى إنهدامه .

هذا ، وقد جعل المشرع للجيران الحق فى توقى الإنهدام قبل حصوله ، وذلك فى الفقرة الثانية من نفس المادة السابعة فى القانون المدنى المصرى . كما جعلت لهم الحق أيضاً (إذا لم يقم المالك بعمل اللازم لدرأ الخطر المتوقع من البناء) فى الحصول على إذن من القاضى لاتخاذ التدابير اللازمة على حساب الحارس .

المطلب الثانى

شروط مسئولية حارس البناء :

لا مسئولية على حارس البناء إلا إذا توافر شرطان :

الشرط الأول : أن يكون الضرر ناتجاً عن تهدم البناء[1] ، وذلك بتفسكك بعض أجزائه وانهياره كله أو بعضه .

الشرط الثانى : هو أن يكون للبناء المتهدم حارس وقت إنهدامه يناط به صيانة البناء وحفظه والاشراف عليه ، ويتمتع بالسيطرة الفعلية عليه لحساب نفسه كالمقاول الذى عهد إليه إقامة البناء أو تعليته أو تدعيمه ، وكالمشترى الذى تسلم البناء قبل تسجيله ، وكالذى له حق الانتفاع مثل المرتهن رهن الحيازة ، وكالمغتصب أو الحائز للبناء بحسن نية .

هذا ، وإذا تعدد مالكو البناء تكون المسئولية المترتبة على الأضرار الناتجة من تهدمه تضامنية بينهم .[2]

المطلب الثالث :

من يستفيد من المسئولية :

يستفيد من المسئولية المصاب وحده دون غيره ، مالم يكن بينه وبين الحارس الذى وقعت عليه المسئولية عقد يلزم المصاب بصيانة البناء ومنعه من الأضرار به ، وذلك كالمستأجر من المالك .

المطلب الرابع :

أساس المسئولية المفترضه :

إن أساس المسئولية المفترضة على حارس البناء تقوم على أساسين :

---

(١) البناء هو مجموعة مواد جعلت وحدة متماسكة ومتصلة بالأرض اتصال قرار بقطع النظر عن الغرض الذى بنى من أجله كالعمائر والكبارى والانفاق والمرافق وجدران المجارى الخ ...

(٢) تراجع المادة ١٦٩ من التقنين المدنى المصرى .

الأساس الأول : افتراض الخطأ الشخصى فى الحارس فرضاً قابلا لإثبات العكس[1] .

الأساس الثانى : ضمان الحارس الحالى أخطاء غيره من الحارسين السابقين .

فإذا لم ينف الحارس الخطأ عن نفسه كان مسئولا على أساس خطئه المفترض أما إذا نفاه كان مسئولا باعتباره ضامناً أخطاء غيره وفى هذه الحالة تكون مسئوليته مسئولية تبعية تندفع بالقوة القاهرة التى تحول دون قيام المقاول مثلا بما كان يجب عليه فيما يتعلق بإتقان تشييد البناء أو بالسهر على صيانته إذا فرض حدوث تهدم البناء قبل زوال تلك القوة القاهرة .

المطلب الخامس

المطالبة بدرء خطر تهدم البناء :

ان كلا من التقنين المصرى والسورى والليبى والعراقى فى المواد ١٧٧ /١٧٨/١٨٠/٢٢٣ قد أضاف حكما وقائياً يسمح لمن يكون مهدداً بضرر يصيبه من تهدم البناء أن يطالب المالك دون الحارس لأن المالك هو الذى يتحمل تكاليف البناء وصيانته، وعليه وحده أن يتخذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الضرر .

وقد نص التقنين اللبنانى فى المادة ١٣٣ على :

« ان مالك البناء مسئول عن الضرر الذى ينشأ عن هبوطه أو تهدم جانب فيه حين يكون سبب هذا الحادث نقصاً فى صيانة البناء أو عيبا فى بنيانه أو قدما فى عهده » .

---

(١) « أ » الصدة فى مصادر الالتزام نبذة ٥٢٣ — ٥٢٨

« ب » الوسيط للسنهورى جـ ١ نبذة ٢٧١

« وتلك التبعة تلحق مالك سطح الأرض إذا كانت ملكية السطح منفصلة عن ملكية الأرض » .

« أما إذا كانت صيانة البنيان من واجب شخص غير المالك فتبقى التبعة ملقاة على عاتق المالك . وإنما يحق له أن يرجع على ذلك الشخص ويمكنه أن يدخله فى دعوى التبعة » .

« وجميع هذه القواعد يجب تطبيقها وان يكن المالك والمتضرر مرتبطين بموجب سابق مالم يكن ثمت نص قانونى على العكس » .

وينص كل من التقنين التونسى والمراكشى فى المواد ٨٩/٩٧ على الآتى : —

« يسأل مالك البناء أو أى تشييد آخر عن الضرر الذى ينشأ بسبب تهدم جزء منه متى كان هذا أو ذاك راجعاً إلى القدم أو إلى نقص الصيانة أو إلى عيب فى التشييد . ويسرى ذلك أيضاً فى حالة تساقط أو تهدم شىء مما يعتبر جزءاً من العقار كالأشجار والآلات المركبة فى البناء وغيره من الملحقات التى تعتبر عقارات بالتخصيص ، وتقع هذه التبعة على كاهل مالك سطح الأرض فى الحالات التى تنفصل فيها ملكية الأرض .

فاذا كانت صيانة البناء منوطة بشخص آخر غير مالكه سواء أكان ذلك بموجب عقد أم كان بموجب حق انتفاع أو أى حق عينى آخر وقعت التبعة على عاتق ذلك الشخص .

وإذا كانت الملكية متنازعا عليها ، وقعت التبعة على عاتق من يحوز البناء وقت تهدمه » .

* * *

الفصل الثانى

التبعة عن فعل الآلات وملحقاتها فى الشريعة والقانون :

المبحث الأول

التبعة عن فعل الآلات وملحقاتها فى التشريع الإسلامى :

المباشر فى التشريع الإسلامى يسأل عن فعله مطلقا ، والمتسبب يسأل ان كان متعديا متعمدا .

ومن قواعد المباشر والمتسبب وأحكامهما العامة ، ومن بعض الأمثلة الواردة فى كتب الفقه (وقد ردها ابن قاضى سماونه إلى أصلين هما :

الأصل الأول : أن من وضع جمادا فى موضع كان له حق الوضع فيه، يبرأ على كل حال .

أما إذا لم يكن له حق الوضع فيه ضمن لو لم يزل عن محل وضعه إلا بعد مازال عنه بمزيل .

الأصل الثانى : كل فعل مالم يؤذن فيه ضمن فاعله ماتولد منه[1]) .

ومن كل ماذكر آنفاً يمكننا القول بأن صاحب الجمادات الأخرى غير المبانى إذا حدث منها ضرر للغير يضمن مادامت فى مكان التعدى ، ولا يزول الضمان عن صاحبها مالم تزل عن ذلك المكان ، خطرة كانت الجمادات أم غير خطرة .

مثلا إذا أوقف صاحب سيارة سيارته فى غير المحل المعد لها عادة وفى الطريق العام، ثم تدحرجت وسببت ضرراً بالغير فانه يضمن لتسببه فى الضرر .

---

(١) جامع الفصولين .ج.٢ ص ٨٨ .

وكذلك يضمن من دهس شخصاً بسيارته فمات (سواء كان يقودها بسرعة فائقة أو من غير إضاءة لمخالفته بذلك قواعد المرور).

هذا وقد بحث الفقهاء فى كتبهم أحكاماً لمسائل اصطدام الجمادات نذكر منها :

المطلب الاول :

اصطدام السفن :

إذا حصل الاصطدام بين سفينتين بسبب قاهر أومفاجىء كهبوب الريح أو العواصف ، فإنه لاضمان فيه .

أما إذا حصل بسبب تفريط أحد ربانى السفينتين أثناء سيرهما متساويتين فى بحر أو نهر ، فإن المفرط يضمن الاضرار التى لحقت بالآخرين [١] .

---

(١) « أ » يراجع المغنى جـ ٨ ص ٣٤٢ فما بعدها جاء فيه مايأتى :

« سأله قال واذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة فغرقتا فعلى المنحدر قيمة السفينة الصاعدة أو ارش ما نقصت ان أخرجت الا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها » .

وجملته : ان السفينتين اذا اصطدمتا لم تخلوا عن حالين :

أحدهما أن تكونا متساويتين كاللتين فى بحر أو ماء واقف ، والثانى : أن تكون احداهما منحدرة والاخرى مصاعدة ، فنبدأ بما اذا كانت احداهما منحدرة والأخرى مصاعدة لأنها مسألة الكتاب ولا يخلو من حالين :

(١) أن يكون القيم بها مفرطا بأن يكون قادرا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو امكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلى المنحدرة ضمان المصاعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سببا لغرقها فتنزل المنحدرة منزلة السائر والصاعدة =

والتفريط : يوجد عندما يكون قائد السفينة قادراً على ضبط سفينته أو ردها عن السفينة الأخرى ولم يفعل ، وكذلك إذا كان فى مكنته أن

= بمنزلة الواقف ، وان غرقتا جميعا فلاشيء على المصعد وعلى المنحدر . قيمة المصعد أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد لأنه المفرط .

(٢) ألا يكون من واحد منهما تفريط لكن هاجت الريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لايدخل فى وسعه ضبطها ولا يكلف الله نفسا الا وسعها .

الحال الثانى : أن يكونا متساويتين فان كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كما قلنا فى الفارسين يصطدمان ، وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعى فى حال عدم التفريط قولان : احدهما عليهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان لغلبة الفرسين لهما .

ولنا : الملاحين لايسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما فى الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه ما لو نزلت صاعقة أغرقت السفينة ، ويخالف الفرسين فانه ممكن ضبطهما والاحتراز من طردهما ، وان كان أحدهما مفرطا وحده فعليه الضمان وحده فان اختلفا فى تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع وعندالشافعى انهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وكقوله فى اصطدام الفارسين على ما مضى ... وان كانت احدى السفينتين واقفة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة وعلى السائر ضمان الواقفة ان كان مفرطا ولا ضمان عليه ان لم يفرط على ما قدمنا » .

«ب» يراجع أيضا المهذب ج ٢ ص ١٩٤ .

يعدل سيرها إلى ناحية أخرى ولم يفعل ، أو لم يكمل حاجة السفينة من الآلات والرجال وغيرهما .

أما إذا كانت إحدى السفينتين واقفة والأخرى سائرة كان الضمان على صاحب السائرة دون الواقفة مالم يكن ربان الواقفة هو المفرط .

وأما إذا كانت السفينتان سائرتين غير متساويتين إن كانت إحداهما منحدرة والأخرى صاعدة ، فالضمان على صاحب المنحدرة لأنها تنحدر عليها من علو ، والصاعدة بمنزلة الواقفة إلا إذا ثبت أن صاحب الصاعدة كان مفرطاً .(١)

ومن هذه الأمثلة يمكننا أن نأخذ بمبدأ عام للشريعة الإسلامية لحوادث الاصطدام بوجه عام .

---

(١) « أ » يراجع الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٥٦ .

«ب» يراجع المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ١٩٠ « اذا اصطدم الفارسان فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسانا وفي القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر والشافعي ، ووجه القياس أن كل واحد منهما انما مات بفعله وفعل صاحبه لأن الاصطدام فعل منهما جميعا فانما وقع كل واحد منهما بقوته وقوة صاحبه ، فيكون هذا بمنزلة ما لو جرح نفسه وجرحه غيره وقلنا استحسانا لما روى عن على (رض) انه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة صاحبه والمعنى فيه أن كل واحد منهما موقع لصاحبه فكأنه أوقعه عن الدابة بيده وهذا لأن دفع صاحبه اياه علة معتبرة لاتلافه في الحكم ، فأما قوة الاصطدام فلا تصلح أن تكون علة معارضة للدفع الصادم » .

المطلب الثانى :

التبعة الناجمة من الجمادات الخطرة :

مما روى من الأصول فى الصحيح عن أبى موسى الأشعرى أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مر فى شىء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل فليمسك » أو ليقبض « على نصالها بكفه ، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شىء » .

إن هذا الحديث يمثل اتجاها سليما يمكن الأخذ به وهو أن كل خطر من الجمادات مما شابه النبال كالآلات بأنواعها يحتاج إلى عناية خاصة كالسيف والبندقية وغيرهما .

ويمثل هذا نص التقنين اللبنانى فى المادة ١٣١ التى عدلت فقرتها الأولى بالمرسوم الاشتراعى رقم ٥١ الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ على :

« إن حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولا عن الأضرار التى تحدثها تلك الجوامد حتى فى الوقت الذى لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية كالسيارة وقت السير أو الطيارة وقت طيرانها أو المصعد وقت استعماله — وتلك التبعة لا تزول إلا إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر ، ولا يكفى أن يثبت الحارس أنه لم يرتكب خطأ .

وإن وجود تعاقد سابق بين الحارس والمتضرر لا يحول دون حكم أجراء التبعة الناشئة عن الأشياء إلا إذا كان فى القانون نص على العكس » (فى حفظه) لاسيما فى المجتمعات العامة كالأسواق والمساجد مراعاة لمصلحة الجماعة وأمنها .

ولقد جاء فى كتب الفقهاء ما نصه :

لو « انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو إنسان يضمن، وهو خطأ ، والدية فى ماله ، لأنه لا عاقلة للعجم[1]» .

والذى يظهر هو أن التضمين جاء بسبب إهمال القصاب وعدم تحرزه من الأضرار التى قد تترتب من انفلات فأسه .

المبحث الثانى

المسئولية عن فعل الآلات وملحقاته

فى قوانين البلاد العربية :

إن القانون المدنى المصرى الجديد فى المادة ١٧٨ نص على أن :

« كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

فالمسئولية المفترضة فى هذا النص مقصورة على الأضرار الناتجة من أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، مثل الآلات الميكانيكية وغيرها .

هذا ، وقد قالت المذكرة الايضاحية فى ذلك :

« إن المشروع لم يمض فى هذا السبيل للغض من غايته ، بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد فى المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأن القضاء الفرنسى فى الحديث عن أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها بل اقتصر على الآلات

---

(١) واقعات المفتين ص ٦٤ .

الميكانيكية وبوجه عام على الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهى أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ فى الحراسة . . . ومهما يكن من أمر ما استحدث المشرع فى هذا الشأن ، ومهما يكن عظم نصيبه من الأهمية ، فليس يقصد منه على أى وجه من الوجوه إلى الأخذ بفكرة المسئولية المادية أو الموضوعية على أساس تحمل تبعة المخاطر المستحدثة . فالمسئولية عن الأشياء لاتزال ، فى أحكام المشرع مسئولية ذاتية أو شخصية أساسها خطأ مفروض [١] . . . »

ونص القانون المدنى السورى فى مادته ١٧١ والقانون الليبى فى المادة ١٨١ بمثل النص المصرى الذى سبق ذكره .

أما المشرع العراقى فقد نص فى المادة ٢٣١ منه بما هو قريب من ذلك حيث ورد فيه مايأتى : —

« كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، يكون مسئولا عما تحدثه من ضرر مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

ولقد نص كل من التقنين التونسى والمراكشى فى المادة ٨٨/٩٦ على أن :

« المرء يسأل عن الأضرار التى تحدثها الأشياء الموجودة فى حراسته

---

(١) المذكرة الايضاحية ج ٢ ص ٢٢٠

متى ثبت أن هذه الأشياء كانت هى السبب المباشر لحدوث الضرر مالم يثبت :

(أولا) أنه بذل كل ما ينبغى لمنع وقوع الضرر .

(ثانياً) أن الضرر راجع إلى حادث فجائى أو إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ المصاب نفسه» .

المطلب الأول

مايشترط لقيام المسئولية :

يلزم لقيام المسئولية المفترضة توافر شرطين :

الشرط الأول : وقوع الضرر بسبب شيء .

الشرط الثانى : كون الشيء وقت إحداث الضرر فى حراسة من تفترض مسئوليته . ولتوضيح هذين الشرطين نقول :

الشرط الأول : تسبب الشيء فى إحداث الضرر :

هذا الشرط يقتضى تحديد الأشياء التى يتسبب منها الضرر بالغير وعلاقتها بالإضرار التى حدثت بواسطتها :

(١) تحديد الأشياء التى يسأل المرء عن الاضرار الناشئة منها :

بالنسبة للأشياء التى يحدث بسببها ضرر للغير ، فإن التقنينان التونسى والمراكشى لم يحدداها بل أطلقا فيها النص بحيث يشمل كل شيء ، منقولا كان أو عقاراً خطراً أو غير خطر ، به عيب أو ليس به عيب ، ما دام يوجد فى حراسة شخص ويتطلب عناية خاصة من الحارس .

أما التقنين اللبنانى فان نصه يشمل جمع الجوامد المنقولة وغير

المنقولة بإطلاق كالقانونين التونسي والمراكشي ، ولم يشترط فى الشيء الذى يسأل عنه حارسه أى شرط خاص ، سوى أن يكون ماديا جامداً غير المبانى فى حالة انهدامها ، لأن المشرع نص على المسئولية التى تنشأ عنها نصا خاصا . أما غير المادية كالأفكار والآراء بمختلف أنواعها فلا تكون فى حراسة أحد وتخرج من حكم المادة بطبيعة الحال ، وأيضاً يخرج الحيوانات بأنواعها لأنها ليست جماداً ، ولأن المشرع أفرد لها أحكاما خاصة .

فالتقنين المصرى وتقنينات البلاد العربية الأخرى ، قد ضيقت من المسئولية المفترضة عن الأشياء إلى حد ما ، وذلك لاشتراطها أن تتطلب الأشياء التى يسأل عنها الإنسان عناية خاصة لحراستها كالآلات الميكانيكية مثل القطارات والسيارات والمصاعد ... الخ . وغيرها مثل الآلات الحادة كالسيوف والسكاكين والمبانى والأشجار والأجسام الصلبة ... الخ . فكل ضرر تسبب عنها يوجب مسئولية مفترضة بقوة القانون من غير حاجة إلى إقامة دليل على أنها تتطلب حراستها عناية خاصة .

أما غير ما ذكرنا من الأشياء فلابد من إثبات أن حراستها تتطلب عناية خاصة ، وإلا تسبب منها أضرار بالآخرين بسبب طبيعتها أو بسبب وضعها فى ظروف معينة تضاعف احتمال حدوث ضرر منها للغير .(١)

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ نبذة ٧٣١
أبو ستيت نبذة ٥٥٧
الصدة نبذة ٥٥٧
حجازى سنة ١٩٥٤ ص ٥٦٣
حسين عامر سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٥٩

٢ — تسبب الشيء فى حدوث الضرر :

لابد لقيام المسئولية المفترضة من ثبوت علاقة السببية ، بين الشيء الذى يجعل القانون الشخص مسئولا عنه ، والضرر الذى يطالب المصاب بالتعويض عنه .

مثل أن تدهم السيارة عابرا أثناء تحركها[1] . أما إذا ارتطم شخص بسيارة واقفة فانه لاتعتبر السيارة تسببت فى إحداث الضرر لأنها ليس لها دور إيجابى فى حدوث الضرر كما فى المثال السابق .

فالسببية هى الفعالة التى تتعين بما كان للشيء من أثر إيجابى فى حدوث الضرر .

وليس بلازم أن يكون الشيء الذى أحدث الضرر قد اتصل اتصالا ماديا بالمضرور كأن ينفجر محرك أو مادة متفجرة « مفرقعة » فتحدث دويا مزعجاً يتسبب منه موت بعض الأشخاص ، أو الحيوانات ، أو تلف أموال للغير .

الشرط الثانى : الحراسة :

المسئولية المفترضة لاتطبق إلا على الحارس للشيء الذى وقع بسببه الضرر وكانت له السيطرة على الشيء لحساب نفسه وفى مكنته استعماله وتوجيهه ورقابته ، سواء أكان الحارس مالكا للشيء ، أو صاحب حق فيه ، أو دائناً أو مرتهناً رهن حيازة ، أو مغتصباً ، أو سارقاً أو مشتريا تسلم الشيء بناء على عقد باطل أو أى حائز آخر حسن النية .

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ نبذة ٧٢٨

هذا ولا يعتبر الخادم الذى يحفظ الشىء أو يرعاه أو يستخدمه لحساب سيده حارسا له، فمثلا السيارة تكون فى ملك وحراسة صاحبها ولو كان يقودها سائق تابع له، لأن لصاحبها سلطة استعمالها ورقابتها وتوجيه سائقها، ومثل السائق الشخص النائب كالولى والوصى والقيم والوكيل وغيرهم لأنهم يتسلمون الشىء لأداء مهمة لصالح غيرهم، وكل ذلك مالم يثبت وقوع خطأ منهم تسبب فى حدوث الضرر أو استغلوا وظائفهم واستعملوا الشىء لمصلحتهم الخاصة، وذلك لأن المالك يعتبر حارسا ولو كان قاصرا، أو لا يدرك مصالحه، أو شخصا معنويا مالم تنتقل الحراسة إلى من يباشر السيطرة الفعلية على الشىء لحساب نفسه.

المطلب الثانى :

من يستفيد من المسئولية المفترضة :

يستفيد الشخص الذى أصابه ضرر بسبب شىء، سواء أكان ذلك الشخص أجنبياً عن الحارس أم هو الخادم أو التابع الذى عهد إليه بحفظ ذلك الشىء أو استخدامه، أم هو المالك للشىء بعد تخليه عن حيازته وجعله فى حراسة غيره.

وليس للمصاب الحق فى مطالبة الحارس بالتعويض إذا كان بينهما عقد يتعلق باستخدام الشىء الذى تسبب فى الضرر، أو كان الضرر قد وقع نتيجة اصطدام شىء فى حراسة المصاب بشىء آخر فى حراسة الحارس لتهاتر القرينتين، أو كان المصاب مشتركا فى الإفادة من الشىء مجانا كمن يقبل الركوب مجانا فى سيارة صديق ويصاب [1] من حادث وقع للسيارة.

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ نبذة ٥١٥
مصادر الالتزام للصدة نبذة ٥٣٤ — ٥٨٥

المطلب الثالث :

أساس هذه المسئولية :

نص القانون المدنى المصرى الجديد فى المادة ١٧٨ على أن متولى الحراسة للشيء يكون مسئولا « مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ».

ونص على مثل ذلك القانون السورى والليبى ، وعلى ذلك تكون تبعة الحوادث التى يبقى سببها مجهولا على عاتق الحارس . وإن أساس هذه المسئولية ليس خطأ مفترضا فى الحراسة وإلا كان يقتضى جواز دفع المسئولية بمجرد نفى الخطأ ، ولهذا فان الرأى قد استقر على أن إحداث الشيء ضررا بالغير يدل على أن زمامه قد أفلت من يد حارسه ، ويدل أيضاً على أن الحارس وقع فى خطأ تقوم المسئولية المفترضة على أساسه لأنه خطأ ثابت بمجرد وقوع الضرر حقيقة لا فرضا فقط ، ولا يعتبر راجعا إلى سبب أجنبي عن الحارس والا انتفت المسئولية .

* * *

المبحث الثالث

نظرية تحمل التبعة فى الشريعة والقانون :

إن نظرية تحمل التبعة حين قال بها القانون فى سنة ١٨٩٠ أراد منها أن يحمى العامل من إصابات العمل وأخطار الآلات وملحقاتها فى المعامل والمصانع التى كثر نمو الصناعات بها وأصبحت الآلات تزداد زيادة هائلة ، عرّضت العمال للخطر الجسيم ، وجعلت قواعد المسئولية العادية فى القانون

لا تكفى لضمان حقوقهم ولو كان سبب الضرر تقصير رب العمل (فى ترتيب مصنعه وإهماله فى إختيار آلاته وفى طريقة تركيبها وإدارتها) .

هذه النظرية قال بها فى أوائل القرن الماضى العلامة « لابيه » الفرنسى واتخذها أساساً للمسئولية المدنية ، وتبعه فى الأخذ بها تقريباً العلامة « سالى » الفرنسى ؛ ولقد استنتجاها من المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى الفقرة الأولى منها لأنها لم تشتمل على حكم للأساس الذى تقوم عليه مسئولية حراس الأشياء المنصوص على مسئوليتهم ، ومن ذلك قررا مبدأ التبعة بدلا عن مبدأ الخطأ لأن العدالة تقتضى أن يتحمل رب العمل الضرر ، وذلك إذا أثبت العامل المضرور الضرر وأثبت الرابطة بين الضرر وفعل الفاعل وان لم يقم هنالك دليل على الخطأ .

ولكن العلامة « جوسران » الفرنسى حدد هذا المبدأ بالأحوال التى يكون فيها المتسبب فى الضرر قد زاد المخاطر العادية الملازمة للحياة فى المجتمع بإنشاء مستغل أو مصنع يربح منه ؛ وبهذا الرأى أخذ الفقه والقضاء ولم يأخذ بنظرية تحمل التبعة على اطلاقها ولعل ذلك لأنها تهدد الناس فى نشاطهم الاقتصادى باستمرار وتثنيهم عن العمل الصناعى وتحد من اتساع نطاق أعمالهم ، وسلم الفقه القانونى والقضاء بالخطأ أساساً عاما للمسئولية ، واكتفى ببناء المسئولية على تحمل التبعة فى أحوال خاصة فقط .

أما فى الفقه الاسلامى فنظرية تحمل التبعة تقابل تعبير الفقهاء بقولهم « الغرم بالغنم » ، ومرادهم منه أن التكاليف والخسارة التى تحصل من الشىء

أو الآلة تكون على من يستفيد منه شرعا [1] حتى لا تتركز الأرباح فى جانب ولا تتراكم الخسائر فى جانب .

لهذا نجد الفقهاء يقولون :

١) مؤونة رد العارية على المستعير ، لأنه قبض العارية لمنفعة نفسه فالرد واجب عليه .

٢) ومؤونة رد الوديعة على المودع لأنه تحصل له منفعة القبض ومنفعة حفظها عائدة إليه .

٣) وأجرة كتابة الوثيقة فى المبايعة على المشترى ، لأنها لتوثيق انتقال الملكية إليه .

٤) ونفقة اللقيط تجب على بيت المال ، لأنه إذا مات ولا وارث له يوضع ميراثه فى بيت المال .

ولكنهم قابلوا هذه القاعدة بقاعدة أخرى هى « الخراج بالضمان » وهى نص حديث صحيح ، ومرادهم منها أن ماخرج من الشىء من غلة ومنفعة فهو للمشترى عوض عما كان عليه من ضمان الملك .

والملاحظ أن القاعدتين متقابلتان ولعل المراد من ذلك إيجاد التوازن بالحاق الخسارة بالمستفيد والفائدة بالخاسر .

ولهذا فالصغير غير المميز لا يسوغ تركه مطلقاً إذا أتلف شيئاً للغير بلا ضمان ، لأن العدالة والتوازن الاجتماعى فى الناحية الاقتصادية يقتضى أنه إذا حصل منه الضرر مباشرة من غير تقصير فى الاحتياط فى حفظه [2]

---

(١) المدخل الفقهى العام ص ١٠٢٠ و ٦٥٠٠ للزرقاء .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٨٣١

ضمن لأنه حق للغير يتعلق بماله أما فى حال التسبب فلا ضمان عليه ، لعدم إدراكه ولأنه فى الغالب وراء تصرفه مسئول آخر وعلى المضرور أن يبحث عنه .

هذا ، ولما كان الفقه الإسلامى يأخذ بنظرية المباشر والمتسبب ويتميز وينفرد برأى وسط بين نظرية الخطأ التى يأخذ بها أصحاب المذهب الشخصى فى القانون ونظرية الخطر أى الضرر وتحمل التبعة التى يأخذ بها أصحاب المذهب المادى ، فإن هذا التوسط من الفقه الإسلامى يحقق العدالة [1] ويضمن الحقوق ويجبر الاضرار التى يصاب بها الآخرون فى المجتمع .

وأرى لنلم بنظرية الفقه الإسلامى فى تحمل التبعة أن نقدم لها بفكرة عن نظرية المباشر والمتسبب من القواعد الفقهية عند الفقهاء .

فمن قواعدهم قولهم :

« المباشر ضامن وان لم يتعمد » [2] .

---

(١) المقصود بالعدالة هنا العدالة القانونية التى هى قيام حقوق الأفراد فى جميع النواحى الاجتماعية والاقتصادية بوضع الضمانات التى تكفلها والوسائل التى تحميها مع مراعاة أن المقصود بالحقوق هنا الحقوق المقيدة بالحدود التى تمليها مستلزمات صالح المجتمع العام ومبررات وقاية نظامه الاجتماعى فى حدود الشريعة التى ترى أن النظام والحرية توأمان متلازمان متضامنان لأن الحرية بدون نظام فوضى والنظام بدون حرية افتئات والعدالة المقصودة هنا هى التى تقوم على الحرية المنظمة وعلى النظام الذى يقدس حقوق الافراد لاسيما الطبقات الفقيرة ومحدودة الدخل .

(٢) جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم فى كتاب الجنايات ص ١٦٠ « يضمن المباشر وان لم يكن متعديا فيضمن الحداد اذا طرق الحديد ففقأ عينا »

ومرادهم من هذه القاعدة تقرير أن من باشر عملا مضراً حصلت آثاره بالمضرور فسبب تلفاً بأى طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان من أحدث الضرر عامدا أو مخطئا ، صغيراً كان أم كبيراً ، فالطفل غير المميز مثلا إذا انقلب على آنية شخص فكسرها ؛ يكون ضامنا لما أتلفه أو أفسده .

وقولهم :

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

والمتسبب عندهم هو الذى يؤدى فعله الضار إلى احداث ضرر بالغير بطريق غير مباشر .

ولا ضمان على المتسبب فى الضرر فى التشريع الإسلامى إذا لم يتعمد فلا ضمان إلا بالتعدى مع الادراك فى حال التسبب .

ومثال ذلك : أن يحفر شخص حفرة فى الطريق العام وبدون إذن من ولى الأمر ، ثم يقع فيها إنسان أو حيوان للغير ويموت . فالحافر هنا ضامن لأنه تعدى الحدود المأذون بها شرعا .

بخلاف ما إذا حفر شخص حفرة فى أرضه المملوكة له ثم سقط فيها إنسان أو حيوان للغير فمات ، فلا ضمان على الحافر .

وقولهم :

« إذا اجتمع[1] المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر »

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨١ « القاعدة التاسعة عشر » اذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم الى المباشر ..

فلا ضمان على حافر البئر تعديا بالقاء غيره .

ولا يضمن من دل سارقا على مال انسان فسرقه ... =

ومثال ذلك أن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الحادثة فعل شخص آخر مباشر ، كأن يحفر شخص فى الطريق العام حفرة فيأتى آخر ويلقى فى الحفرة حيوانا للغير فيموت ، فإن الملقى فى هذه الحالة يكون هو الضامن لأنه ألصق بالحادث والضرر من المتسبب السابق المعتدى فيكون أولى منه بالتبعة .

= ولا ضمان على من دفع الى صبى سكينا أو سلاحا ليمسكه فقتل به نفسه.

وخرج منها ما لو دل المودع السارق على الوديعة فانه يضمن لترك الحفظ .. ومثله لو قال وكيلها تزوجها فانها حرة فولدت ثم ظهر

انها أمة الصغير ... ، رجع المضرور بقيمة الولد .

رجع المضرور بقيمة الولد .

وصور أخرى منها لو دفع الى صبى سكينا ليمسكه له فوقعت عليه فجرحته كان على الدافع (الضمان) . »

وجاءت فى الاشباه والنظائر فى الفروع للشافعى (ص ١٠٩) القاعدة الاربعون :

« اذا اجتمع السبب والضرر والمباشرة قدمت المباشرة (ومن فروعها) لو حفر بئرا فرداه فيها آخر أو أمسكه فقتله أو القاه من شاهق فتلقاه آخر فقده فالقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط ..

ويستثنى من القاعدة صور (منها) اذا افتاه أهل الفتوى باتلاف ثم خطؤه فالضمان على المفتى .

ومنها اذا قتل الجلاد بأمر الامام ظلمـاً وهو جاهـل ، فالضمان على الامام .

ومنها وقف صيغة على قوم فصرفت غلتها عليهم فخرجت مستحقة ضمن الواقف لتغريره » .

ومن الأمثلة لذلك أن يدل شخص لصاً على مال لغيره فيسرقه فالضمان على اللص لا على الدال المتسبب فى الضرر .

هذا ، ويلاحظ أن التعبير بلفظ التعمد فى قولهم :

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد »

يراد به التعدى ، ودليلنا على ذلك ماورد فى الباب الحادى عشر فى إتلاف مال الغير وإفساده مباشرة وتسببا من كتاب مجمع الضمانات — ص ١٤٦ — قال المؤلف :

« المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا فلو حفر بئراً فى ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، ولو فى غير ملكه ضمنه ذكره فى الاشباه.. ولو وضع شيئا على طريق العامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلك الشىء من غير قصد منه يضمن وهو الصحيح ... ولو أن رجلا تقدم إلى خزاف يبيع الخزف فأخذ غضارة بأذنه لينظر فيها فوقعت من يده على غضارات أخرى فانكسرت لا يضمن قيمة التى أخذها لأنه أخذها بأذنه ويضمن قيمة ماسواها ، لأنه تلف بفعله بغير إذنه » .

يلاحظ أن التعدى للحدود الشرعية قد يكون بقصد الإضرار وقد يكون بغير قصد الاضرار ، لهذا فإن التعبير الوارد فى قاعدة التسبب المذكورة يكون غير سديد، لاسيما فى قاعدة (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) وذلك لأنه يوهم بأن المراد القصد لا التعدى .

أما إذا كان مراد الفقهاء من لفظ التعمد القصد فإنه يكون لا بد لوجوب المسئولية فى أحوال التسبب من التمييز والإدراك عند الفاعل .

وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء بوضوح لكنه يستند إلى أمثلة وردت فى كتب الفقه تؤيده ولا تفسر إلا به مثل قولهم[١] :

---

١ — يراجع المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٧ .

لو « سار الصبي على الدابة فأوطأ انسانا فقتله ، فإن كان هو ممن يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وإن كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها ، فدم القتيل هدر » .

فدم القتيل هدر فى الصورة الثانية ، لأنه صغير لا يستمسك عادة على الدابة ولا يملك التمييز والفهم اللازم لذلك ، وهو لذلك لا يملك التعمد والقصد المشترط فى كل ضرر حصل تسببا حسبما جاء بالقاعدة آنفة الذكر .

إذا عرفنا هذا تحتم علينا أن نعرف أن الفقه الإسلامى أخذ بمبدأ تضمين المباشر بدون حاجة إلى إثبات تعديه أو خطئه خلافا للمتسبب فأنه لابد لتضمينه من أثبات خطئه أى تعديه عن عمد وادراك ، وبهذا فالفقه الإسلامى توسط لأن المذهب الشخصى غالى فى شخصيته حين أخذ بنظرية الخطأ أو افتراضه فى بعض الأحوال وغالى المذهب المادى فى ماديته حين أخذ بنظرية الخطر أى الضرر وتحمل التبعة بإطلاق .

ومن الممكن أن يقال فى الرد على أدلة القائلين بأن أساس المسئولية التقصيرية تحمل التبعة (الخطر أو الضرر) ، ان أكثر من يصابون يعجزون عن إثبات حقوقهم من الضرر الذى حدث لهم ، وذلك لتعديهم أو تقصيرهم هم بأنفسهم وعدم احتراسهم ، وليس من العدل أن تلقى التبعة دائما على المدعى عليهم بسبب أنهم أصحاب المنشآت والصناعات الثقيلة أو الآلات البخارية وغيرها ، لأنه ليس دائما المدعى عليهم اغنياء بل قد يكون المضرور فى أحايين كثيرة أغنى من الضار كما فى صاحب سيارة أجرة يعول بها أسرة او معمل بسيط لعامل مجد ، أو شركة صغيرة تخدم الصالح العام ، فالحل الذى أراه محققا للعدالة لا يتعين فى تحمل التبعة دائما لأنه حتى أصحاب المنشآت الكبيرة ليسوا دائما فى ربح مستمر ولا أصحاب الآلات والماكينات الخفيفة فى مكنتهم دائما أن يدفعوا العوض المترتب على مايحدث من ممتلكاتهم من غير عمد منهم أو قلة تحرز فى إدارتها . ولعل سبب

أخذهم بنظرية التبعة على صاحب الشيء دائماً هو تغاليهم في المادية وجعلهم المادة كل شيء في المجتمع ولا غرابة إذن من أن يقيموا المسئولية على أساس الضرر فقط، ولعل أخذ القضاء بها في أحوال الخطأ المفروض وأخذ القانون بها في أحوال خاصة هو الاستثناء بين الأصل العام من غير توسع .

هذا ولا يخفى أيضاً من أن مبدأهم هذا يقلل ويحد من نشاط الأفراد ويفسح المجال لتهاون العمال ، الأمر الذي يضر باقتصاديات المجتمع .

كما يمكننا أن نرد على أصحاب النظرية الشخصية المتطرفة التي تقوم على نظرية الخطأ بأنها تجافى العدالة لأنها تشترط الإدراك عند من يخطىء الأمر الذي يؤدى إلى عدم مسئولية عديم التمييز طائل الثراء عن تسببه في قتل عامل بسيط وحرمان أسرته من عائلها الوحيد في حين أن العدالة تقتضى أن يؤخذ من مال غير المميز الثرى ما يعوض أسرة الفقيد عن فقد عائلها، ولهذا نجد أصحاب هذه النظرية لاحظوا ذلك فأبدوا كثيرا من التشدد في تقرير عدم المسئولية لفاقد التمييز ، فاشترط بعضهم أن يكون فاقد التمييز يفقده تماما عند ارتكابه الفعل الضار وأن لا يكون عدم تمييزه راجعا إلى خطأ من جانبه ، كافراط في الشراب أو في تناول المخدرات أو غيره ، لهذا نجدهم يقصدون أحيانا بمسئولية المعتوه جزئيا وبمسئولية السكران فاقد الوعى إذا كان قد تناول الخمر عالما أنه سريع التأثر بها .

وقد جاء في المادة ١٦٥ فقرة ثانية من القانون السورى والمادة ١٦٤ من القانون المصرى الجديد والمادة ١٦٧ من القانون الليبى ما يأتى :

« ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً في ذلك مركز الخصوم » .

وجاء فى المادة ١٢٢ فقرة ثالثة من القانون اللبنانى ما يأتى : —

« إذا صدر الأضرار من شخص غير مميز ولم يستطع المتضرر أن يحصل على التعويض ممن نيط به أمر المحافظة على ذلك الشخص فيحق للقاضى مع مراعاة حالة الفريقين أن يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل . »

ويلاحظ أن المسئولية التى تقررها هذه القوانين مسئولية استثنائية احتياطية جوازية ومخففة لأنها خلافا للأصل ولأنها مسئولية مفترضة فى حين أن القاعدة أن لا مسئولية بلا خطأ .

موازنة بين الشريعة والقانون :

هذا ومن الملاحظ أن نظرية المخاطرة فى القوانين الوضعية لا تشترط إثبات الخطأ فى الضرر الناتج عن الجوامد، بل تفترض وجوده افتراضاً من الحارس المسئول عن تلك الجوامد التى تسببت فى وقوع الضرر بالغير .

ففى القانون الانجليزى مثلا نرى فى قاعدة (قضية رايلاند على فليتشر) أنها أثبتت مبدءاً عاماً هو « أن من وضع فى ملكه شيئاً شديد الخطر كان مسئولا عن الضرر الناشىء منه وإن لم يكن واضعه مهملا[1] . »

CHAPTER IX.

LIABILITY FOR BREACH OF DUTY TO PREVENT DAMAGE FROM DANGEROUS THINGS.

The Rule in Fletcher and Ryland.

Art. 85 :

(1) The person who for his own purposes brings on land which he occupies and collects and keeps there any thing likely to do mischief if escapes, must keep it in at his peril and if he does not do =

. . . .

---

so in prima facie answerable for all the damage which is the consquence of its escape. This rule binds the crown.

(2) He can excuse himself by showing :

a. that the escape was due to the plaintiffs default or :

b. that the escape was the consequence of the act of God, or (vismajor).

c. That the escape was due to the wrongful act of a stranger over whom the defendant had no control.

(3) The rule does not apply :

a. where the persons charged have not himself brought collected or kept the thing of the land which he occupied.

b. where he has brought or collected and kept it with the consent, express or implied, of the person who is damaged by its escape.

c. If he has statutory authority for bringing collections or keeping it on the land which he occupies unless the contrary intention is to be inferred from the Wording of the statute.

(4) The rule has no application to the natural user of land and damage caused by the escape of things naturally on the land or legitimately placed there in connection with that natural user is not, in the absence of negligence, actionable.

وترجمة هذه المادة باختصار كالآتى :

المادة (٨٥) من كتاب اندرهل فى قانون المسئولية المدنية (الطبعة السادسة عشر) صفحة ٢٣٠ كالآتى :

(١) الشخص الذى يأتى بأرضه ولاغراضه الشخصية بشىء خطرومن

. . . .

المحتمل أن يحدث ضررا بالغير ، عليه حفظه ، فاذا أفلت من حرزه يكون مسئولا عما ينجم منه من ضرر للغير بسبب افلاته .

(٢) ولا يعفى من المسئولية الا اذا اثبت أحد الامور الآتية :

أ ـ ان افلاته كان بسبب من المضرور .

ب ـ ان افلاته كان قضاء وقدرا .

جـ ـ أن افلاته بسبب شخص أجنبى ليس فى استطاعة المدعى عليه منعـه .

(٣) ولا تنطبق أحكام هذه المادة على الأحوال الآتية :

أ ـ اذا لم يأت المدعى عليه بالشىء الخطر ولم يجمعه ولم يحفظه .

ب ـ اذا أتى المدعى عليه بالشىء وجمعه وحفظه بطلب من المدعى ولمنفعته .

جـ ـ اذا سمح له القانون بذلك .

(٤) هذه النظرية لاتنطبق على الاستعمال الطبيعى للارض ولا على الاضرار التى قد تحدث من افلات الأشياء التى من العادة اقتناؤها بالارض مالم يكن هنالك اهمال أو قصد .

ونص القضية باللغة الانجليزية كالآتى :

THE PLAINTIFF WAS THE LESSEE OF A MINES

The defendant was the owner of a mill, standing on land adjoining that under which the mines were worked. The defendant desired to construct a reservior, and employed competant persons to construct it, so that there was no negligence. The plaintiff had worked his mines up to a spot where there were certain old passages of disused mines; these passages were connected with vertical drafts communicating with the land above, which had also been out of use for years, and were apparently

إلا أن الشريعة الإسلامية لم تقرر هذا المبدأ وإنما اعتبرت أن الأشياء لا يمكن أن توجب مسئولية ما إلا فى حالة التسبب بالمعنى والشروط التى مرّ ذكرها (١) .

---

filled with moral and earth of the surrounding land. Shortly after the water had been introduced into the reservoir it broke through some of the verticle shafts, blowed thence through the old passage and finally flooded the plaintiff's mine. The gist of the action was the collecting of the water and not keeping it from escaping; and whether it was the result of negligence or whether it was the result of a latent and undiscovered defect in the engineering works was quite immaterial.

وخلاصة ترجمة القضية هو :

« أن المدعى كان يستأجر منجما والمدعى عليه كان يملك طاحونة على أرض مجاورة ، فأراد المدعى عليه أن يبنى مستودعا للماء فاستخدم عددا من الخبراء لذلك ولما أكملوا صنع المستودع وامتلأ ماء انفجر من أسفل ، ولما كانت الأرض طينية لينة تسرب منها الماء الى ممرات منجم المدعى القديم ثم أغرقت المنجم ، والمحكمة أدانت المدعى عليه وقالت بمسئوليته وحكمت لصالح المدعى »

* * *

خاتمة

إن أغلب أحكام المسئولية التقصيرية عن فعل الغير التى ذكرناها هى أحكام فقهية من اجتهاد الفقهاء الذين يستنبطونها من أصول الشريعة الإسلامية ، وأيضاً من روح عقيدتها التى هى أساس لبناء المجتمع الإسلامى؛ فالفقهاء كانوا ولاشك يتأثرون بالحالة الزمنية والأوضاع السائدة والبيئات المختلفة ، الأمر الذى كان يجعلهم يخالفونها فى بعض الأحايين ويغيرون لها الاحكام بحسب الحاجة والمصلحة والعرف فى كثير من الأحايين ، لأنهم عادة لا يتقيدون إلا بالامارات التى تدل عليها نصوص الشريعة أو تهدى إليها أدلتها التى هى بمثابة الروح العامة للتشريع الإسلامى .

ومن الحق أن أعترف بأن بحثنا هذا لم يكن طيعاً سهل المسلك ، بل صادفتنا فيه صعوبات فى الطريق ، ووعورات فى استقصاء المسائل وتلخيصها وعرضها ، ولهذا كنا نزيد من البحث فى صبر حتى نهتدى إلى الرأى الصحيح والميزان السليم لخطوط الأحكام الرئيسية وفروعها التفصيلية فى الشريعة والقانون ، ومع هذا فإننى لا أعتبر الجهد الذى بذلته والتعب الذى لاقيته سوى شىء قليل فى حق شريعتنا وفقهنا الإسلامى .

هذا ، وقد كان هدفنا الأول من اختيارنا لموضوع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير هو إعطاء فكرة عامة عن هذه النظرية فى الفقه الإسلامى على ضوء صياغة بعض القوانين الوضعية الحديثة التى تحكم بلادنا العربية فى هذا العصر .

وكان هدفنا الثانى هو إعطاء صورة صادقة (جهد الطاقة) عن المدى الذى وصلت إليه أحكامنا الفقهية فى هذا المضمار قبل التشريع الغربى الحديث بمئات السنين .

هذا ، وكان همنا من كل ذلك أن نلمس بأنفسنا ماعندنا من تراث فقهى أصيل يجب علينا أن نبحثه بأمانه وصدق ونأخذ حاجتنا منه أولا قبل أن نفكر فى الاستيراد من الغرب أو الشرق ، لاسيما إذا عرفنا أن البلاد العربية إلى عهد قريب كانت كلها تحكم نفسها بالشريعة الإسلامية إلى أن وضعت الدولة العلية فى أواخر القرن الثالث عشر للهجرة (بعد أن ألفت هيئة من علماء الشريعة الإسلامية) كتابا يضم أحكاما فقهية خاصة بالمعاملات فى مواد تشابه فى ترتيبها وصياغتها القوانين الوضعية وأسمتها « بمجلة الأحكام العدلية » والتزمت الدولة العثمانية بالعمل بمقتضاها كما سرت أحكامها فى أنحاء البلاد العربية التى امتد إليها سلطانها . ولقد سبق أن استعرضنا المواد الخاصة بموضوع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير (من المجلة العدلية) عندما تحدثنا عن التطور التاريخى للموضوع فى الفقه الإسلامى .

هذا ، ولا يعيب تلك المجلة إلا أنها لم تجد حظها الكافى من التنقيح والتعديل من وقت لآخر كما لم يدخلها شىء من التحسين والتدقيق فى الصياغة ولا شىء من الإصلاح والتغيير لبعض أحكامها الفرعية التى تتطلبها بعض البلاد العربية التى زاد عمرانها وتقدمت مدنيتها وتعقدت ظروفها الاجتماعية .

وإذا كانت لنا ملاحظات على أحكام المواد الخاصة بموضوعنا فى المجلة العدلية فإنها تتلخص فيما يأتى :

أولا — إن المادة ٩١٦ وردت فى حال الإتلاف مباشرة فجعلت الصبى مطلقا مميزا أو غير مميز يكون مسئولا فى حالة تعمد الفعل أو عدم تعمده ، ومن الطبيعى أن يجرى هذا الحكم قياسا على باقى فاقدى الأهلية غير المميزين كالمجنون والمعتوه ومن إليهم . وقال بهذا القول جمهور الفقهاء ما عدا بعض التردد عند بعض المالكية [1] .

---

(١) أنظر القوانين لابن جزىء جاء فى ص ٣٣٣ ما يأتى

وسكتت المجلة عن حكم الإتلاف تسبباإذا وقع من الصبى غير المميز، هل الحكم واحد أم يختلف ؟

ونص المادة يبين أن فقهاء الشريعة يسهلون قيام المسئولية عن الفعل الشخصى فى الأحوال التى يحدث فيها الضرر مباشرة .

ولهذا نجدهم فى حال إتلاف العين مباشرة لايشترطون فى قيام المسئولية عليه حصول تعمد أو تعد ويستغنون بذلك عن مساءلة غيره عنه .

وثانيا — يظهر من المادة ٩٢٨ من قانون المجلة العدلية أن من بنى حائطا مائلا إلى الطريق، أو إلى ملك الغير ابتداءً أى مائلا من وقت بنائه يكون مسئولا عما يحدثه سقوط هذا الحائط من الضرر ولاخلاف بين جمهور الفقهاء فى ذلك .

ويجرى هذا الحكم بوجه عام على جميع الأبنية الخارجة إلى الطريق العام.

وثالثا — يظهر من المادة ٩٢٩ من قانون المجلة العدلية أن الفعل الذى ينتج عن أى نوع من أنواع تلف الأنفس أو الأموال إذا وقع من الحيوان يكون هدرا ، لأن الحيوان غير أهل للمسئولية لفقدانه الإدراك الذى يفرق بين الضار والنافع ، ولأنه أيضا يفقد أهلية الملك التى يتعلق بها إمكان التعويض على المتلف عليه من مال المالك . (١) ولا تتعلق

= « وأما الصبى الذى لايعقل فلاشىء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء ، وقيل : المال هدر والدماء على العاقلة كالمجنون ، وقيل : المال فى ماله والدم على عاقلته ان بلغ الثلث » .

يراجع الحطاب ج ٥ ص ٢٧٨

(١) أنظر شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية — دمشق طبعة سنة ١٩٢١ ج ١ ص ١٤٧

بصاحب الحيوان مسئولية ولا يقع عليه ضمان ما لم يكن هنالك تقصير يمكن أن يسند بسببه إلى صاحبه مسئولية ذلك الحيوان كأن يرى حيوانه يضر بمال غيره فلا يمنعه .

ورابعا — توضح المادة ٩٣٧ أن الدابة إذا كانت جموحا ولم يقدر راكبها على ضبطها فأضرت بالغير فإن فعلها فى هده الحالة هدر أيضا .

وخامسا — المادة ٩٣٦ تبين أن الدابة إذا كانت خاضعة لتوجيه صاحبها وتحت إرادته وكان فى وسعه منعها من الإضرار بالغير ولم يفعل أو تسبب باعتدائه فى الاضرار فإنه يضمن وفى حكم الراكب القائد والسائق والحارس (١) .

والذى يظهر من المواد الباقية فى موضوع المسئولية عن فعل الحيوان لا تخرج عن أن تكون مجرد تطبيق للقاعدة العامة التى توجب الضمان على مباشر الضرر أو على من تسبب فيه وكان متعديا وليس فيها مايتضمن مبدءاً مغايرا أو جديدا فى الفقه الإسلامى .

هذا ، ولعل السبب فى أن الدولة العلية وضعت أحكام الفقه الحنفى بوجه خاص فى مواد مركزة (بعض الشىء) على نسق التقنينات الحديثة ؛ ولعل ما حدا بأغلب الدول العربية (بعد ذلك) إلى استبدال أحكام الفقه الإسلامى بأحكام القوانين الغربية الحديثة هو تشعب الفقه الإسلامى وتفرق أحكامه فى مؤلفات دقيقة متعددة ضخمة مختلفة الطبقات ، الأمر الذى جعل العلماء المحدثين يهابونها ويجدون مشقة فى الإلمام بها ، وجعل القضاة بوجه خاص يستصعبون الوصول منها إلى الحلول الواجبة التطبيق فيما يعرض عليهم من أقضية فى يسر وسرعة .

وعليه إذا صح أن هذه هى الآسباب فإن الواجب الدينى يقضى على

(١) أنظر شرح المجلة للمحاشى ج ٢ ص ٤٩٨

كل من له أهلية البحث فى كتب الفقه فى المذاهب الإسلامية المختلفة أن يتعمق فى دراستها وأن يحاول جهد طاقته تحسين عرضها فى بساطة ويسر مراعياً للظروف الاجتماعية المختلفة والأعراف الكثيرة المتغيرة ودقة التنظيم والترتيب فى الصياغات القانونية الحديثة ، ونظراً لأننا تناولنا التطور التاريخى للمسئولية التقصيرية عن فعل الغير لبعض التشريعات القديمة والحديثة أرى أن لا يفوتنى أن أضمن الخاتمة « فذلكات » من تطور المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى بعض البلاد العربية الحديثة وهى :

(١) تطور المسئولية التقصيرية

(فى القانون المصرى)

كانت مصر تتبع أحكام الشريعة الإسلامية حتى وقت قريب ثم استبدلت بها تقنينا وضعياً لتنظيم المعاملات المدنية ، وعندما أصدرت التقنينات المختلطة فى سنة ١٨٧٥ والتقنينات الأهلية سنة ١٨٨٣ كانت أولى الدول العربية التى لجأت إلى القوانين الوضعية ، ثم فى يوم ١٥ اكتوبر من سنة ١٩٤٩ وحدت التقنينات المصرية بالتقنين المدنى الجديد وتوسعت فى أحكام المسئولية المدنية وانتهجت فيه نهجاً جديداً لجأت فيه إلى مقارنة الشرائع المختلفة كالتشريع الجرمانى واللاتينى والإسلامى وأخذت منها ما يوائم ويتفق وحاجتها وصاغته صياغة جديدة دقيقة وإن كانت فى جوهرها لا تختلف كثيراً عن أحكام القضاء المعمول بها فى القانون الفرنسى .

وقد أفرد المشرع المصرى للمسئولية المدنية الفصل الثالث من باب مصادر الإلتزام وتناولها بالتفصيل والتحديد فى ست عشرة مادة من المادة ١٦٣ إلى المادة ١٧٨ وقد كانت فى التقنين المدنى المصرى القديم فى ثلاث

مواد وقد فرع المشرع المصرى المسئولية فى القانون الجديد إلى فروع ثلاث هى :

الفرع الأول : فى القواعد العامة للمسئولية المدنية ويتعلق بمسئولية المرء عن فعله الشخصى ويبدأ من المادة ١٦٣ إلى المادة ١٧٢ وهذا الفرع ليس موضوع بحثنا .

الفرع الثانى : نص المشرع فى المادة ١٧٣ على مسئولية المرء عمن تحت رقابته وفى المادة ١٧٤ نص على مسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

وفى المادة ١٧٥ نص على حق المسئول عن غيره فى الرجوع على ذلك الغير .

الفرع الثالث : تناول المشرع فى المادة ١٧٦ منه مسئولية حارس الحيوان . وفى المادة ١٧٧ منه مسئولية حارس البناء وفى المادة ١٧٨ مسئولية حارس الأشياء ، وقد أوفى المشرع كل هذه المواد ما تستحقه من عناية تتناسب ومابلغه من أهمية المسئولية المدنية والتقصيرية فى الوقت الحاضر ، وإليك مواد الفرع الثانى والثالث فيما يلى :

الفرع الثانى : المسئولية عن عمل الغير :

مادة ١٧٣ :

(١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

(٢) ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة

أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

(٣) ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .

مادة ١٧٤ :

(١) يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع . متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

(٢) تقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

مادة ١٧٥ :

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر .

الفرع الثالث : المسئولية الناشئة عن الأشياء :

مادة ١٧٦ :

حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه .

مادة ١٧٧ :

(١) حارس البناء . ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهداماً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانه ، أو قدم البناء ، أو عيب فيه .

(٢) ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

مادة ١٧٨ :

كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة .

* * *

(٢) تطور المسئولية التقصيرية

(فى التقنين السورى)

كان العمل فى سوريا وفقاً لمجلة الأحكام العدلية أيضاً حتى استبدلت بالتقنين السورى المدنى الجديد فى يوم ١٥ حزيران سنة ١٩٥٩ .

وإن مشروع هذا القانون قام على أساس القانون المدنى المصرى آنف الذكر فنصوصه جاءت مطابقة لنصوصه .

ومثل القانون السورى القانون الليبى الذى صدر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ الذى عمل به ابتداء من يوم ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ . ولعل السبب فى اختيار سوريا للقانون المصرى واتخاذه أساساً للقانون المدنى السورى يعود إلى ما بين البلدين من تقاليد وعادات مشتركة ومتقاربة، الأمر الذى سهل تطبيق القانون المدنى المصرى فى القطر السورى وقد تناول المشرع السورى أحكام المسئولية المدنية فى الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الإلتزام وخصص لها المـــواد من المادة ١٦٤ إلى المـادة ١٧٤ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون السورى ما يأتى : —

« فليس بين المجلة (العدلية) وبين القانون العقارى أو القانون التجارى أية صلة فى المبادىء الحقوقية لاختلاف المصدر الذى يستمد كل قانون من هذه القوانين أصوله . . ولقد أدركت الدول التى كانت تعمل بالمجلة هذه الحقيقة فوضعت قوانين مدنية حلت محل المجلة والتشريعات المدنية المتعددة التى ورثتها العربية فى هذا الشأن مع أن رقى الحياة الفكرية والقانونية فى سوريا وتطور الأوضاع المدنية والاجتماعية فيها تحتمان أن يكون للجمهورية السورية قانون مدنى . . . وان اقتباس المشرع السورى من القانون المصرى يحقق مقصدا من أجل المقاصد التى يرنو إليها العرب

في هذا العصر وهو توحيد التشريع بين الأقطار العربية. وقد كان هذا الهدف مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل به ، وهو أول خطوة عملية لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية »

ونص المواد الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن عمل الغير في التقنين السورى كالآتي :

(٢) المسئولية عن عمل الغير :

المادة ١٧٤ من القانون المدنى السورى الصادر بتاريخ ١٨ أيار سنة ١٩٤٩ ص ٥٦ فما بعدها من الفصل الثالث :

١) إن كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣) ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

المادة ١٧٥ :

١) يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢) تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

المادة ١٧٦ :

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر .

(٣) المسئولية الناشئة عن الأشياء :

المادة ١٧٧ :

حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يدله فيه .

المادة ١٧٨ :

١ — حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة ، أو قدم فى البناء ، أو عيب فيه .

٢ — ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

المادة ١٧٩ :

كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة .

هذا ، ومما سبق يظهر لنا إذا تأملنا التقنين المدنى المصرى الجديد فى موضوعنا وأيضاً القانون السورى (ومثله الليبى) قد نهج المشرع فيهم نهجاً جديداً ، لاسيما إذا علمنا أنه لم يقنع بالاقتباس من القانون الفرنسى الذى استعرضنا مواده الخاصة بموضوعنا عندما تكلمنا عن التطور التاريخى فى الباب التمهيدى ، بل لجأ إلى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتينى أو الجرمانى أو الفقه الإسلامى ، وان كانت مواده لا تختلف كثيراً عن أحكام مواد التقنين الفرنسى ، الأمر الذى يسمح لنا بالقول بأن التقنين المدنى المصرى الجديد (ومثله السورى والليبى) بالرغم من أنه يعتبر من الشرائع الحديثة المتخيرة لاتختلف أحكامه كثيراً عن أحكام القانون الفرنسى وذلك لأن ثلاثة ارباعه فرنسى ويزيد فى مواده ثلاثة أضعاف نصوص التقنين الفرنسى الخاصة بموضوعنا.

ملاحظاتنا على التقنين المصرى كالآتى :

(١) إن المادة ١٧٣ ، ١٧٥ راعت حكم المسئولية عن فعل الغير فى صيغة عامة تتسع لكل الحالات التى يمكن للمحاكم أن تدخلها (من غير حصر للأشخاص الذين يسألون عن فعل غيرهم) وجعلت مسئوليتهم مفترضة وتكون دائماً فى مصلحة المصاب تسهيلا لحصوله على التعويض وجعلت مجرد وقوع الفعل من المرعى قرينة على تقصير الراعى فى واجب رقابته .

(٢) ومن الملاحظ أن المادة ١٧٧ ، ١٧٨ تسوى بين أن يكون خطأ

التابع ينتج عن مسلكه الشخصى ، أو من خطئه فى حراسة حيوانه ، أو حراسة شىء مما تتطلب حراسته عناية خاصة مع اشتراط أن يكون الضرر وقع أثناء العمل ؛ أو بسبب العمل الذى يقوم به .

(٣) نلاحظ أن المادة ١٧٧ تعتبر حارس الحيوان مسئولا مسئولية مفترضة عن كل ضرر يقع من طريق الحيوان ولو كان جامحاً أو منفلتاً ، لأن الأفلات يدل على إهمال الحارس ، ولأن نص المادة مطلق لم يقيد .

وملاحظاتنا على مواد التقنين الفرنسى (الذى يعتبر أصلا للتقنين المصرى) كالآتى :

إن المادة ١٣٨٢ والمادة ١٣٨٣ والمادة ١٣٨٤ تضمنت الأحكام الخاصة بالشمول بالرعاية إذا ارتكب عملا غير مشروع ومسئولية الراعى عنه واشتراط الخطأ المفترض فى فعل المرعى إلا أنها لم تشترط التمييز صراحة فيمن يرتكب الخطأ . والمادة الأخيرة نصت على أن الأب والأم والمربى ومعلم الحرفة يخلصون من المسئولية المفترضة إذا أثبتوا أنه لم يكن فى وسعهم أن يمنعوا وقوع الفعل الضار وفى فقرة أخرى نصت على أن مسئولية السيد قاصرة على ما يقع من التابع من خطأ أثناء تأدية وظيفته .

المادة ١٣٨٥ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أن مالك الحيوان أو مستخدمه يسأل عن الضرر الناشىء بفعله ، سواء بقى الحيوان فى حراسته ، أو ضل عنه ، أو هرب .

والمادة ١٣٨٦ تنص على مسئولية مالك البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمها ، سواء أكان سبب الإنهدام عيباً فى تشييده ، أو نقصاً فى صيانته ، أو سبباً آخر .

(٣) تطور المسئولية التقصيرية
(فى القانون العراقى)

استمر العمل بأحكام المجلة العدلية فى العراق حتى يوم ٦ حزيران سنة ١٦٥١ عندما استبدلتها بالتقنين الوضعى المدنى العراقى الجديد الذى تقرر العمل به بعد سنتين من تاريخ نشره .

ولقد حاول المشرع العراقى التوفيق بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية الحديثة .

وإن أغلب مواد القانون الجديد مستمدة من القانون المصرى المدنى الجديد .

وقد جاء فى المذكرة التى قدم بها مشروع التقنين المدنى العراقى ، أن الأسباب الموجبة للائحة القانون المدنى العراقى هى أن بلاد الشرق تنقسم إلى فريقين : بلاد المجلة وهى بلاد لا تزال تعتمد اعتماداً رئيسياً على مجلة الأحكام العدلية كالعراق ، وفلسطين ، وشرق الأردن ، وبلاد التقنين المدنى الحديث وهى بلاد أخذت بنظام التقنين واقتبست من تقنينات الغرب لاسيما التقنين المدنى الفرنسى ، كمصر وسوريا ، ولبنان ، وتونس ومراكش ، وكلا الفريقين يتطرف فى منزعه ، فالأول يحافظ على القديم دون أن يصله بأسباب الحياة والتقدم ، والثانى يتنكر لماضيه ولا يفيد شيئاً من ثروة الفقه الإسلامى .

وقد رئى أن يكون المشروع مثلا لما ينبغى أن يكون عليه التقنين المدنى فى البلاد العربية ، فجعل مزاجاً متآلفاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، ويتسع لمواجهة أوضاع الحضارة

الحديثة ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع .

ومتى تم إحياء الفقه الإسلامى على النحو المتقدم مهد السبيل للقانون المدنى العربى ، فما من شك فى أن هذا الفقه يصبح مصدراً يفيض بالحياة والحركة ويكون خليقاً بأن يؤسس عليه وحده تقنين من أحدث طراز . ومثل هذا التقنين ، وإن كان مجرد أمنية تجيش بها النفوس فى الوقت الحاضر إلا أن المشروع يهيء لتحقيق هذه الأمنية خير الوسائل وأجداها .

وقد اختيرت الأحكام الواردة فى هذا المشروع من المشرع المصرى — وهو فى جملته صفوة مختارة من القواعد التى استقرت فى أرقى التقنينات الغربية — ومن القوانين العراقية الحالية وفى طليعتها المجلة وقانون الأراضى — ومن الشريعة الإسلامية والكثرة الغالبة فى هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين

وفيما يلى نص المواد الخاصة بالمسئولية عن فعل الغير والأشياء :

الفرع الثانى : من القانون المدنى العراقى

(١) المسئولية عن عمل الغير :

المادة (٢١٨) .

١ — يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه الصغير .

٢ — ويستطيع الأب والجد أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب .

المادة (٢١٩) .

١ — الحكومات والبلديات والمؤسسات الأخرى التى تقدم خدمة

عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية مسئول عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢ — ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعاً متى بذل هذه العناية .

المادة (٢٢٠) .

للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه .

(٢) المسئولية عن الأشياء : (جناية الحيوان) :

المادة (٢٢١) .

جناية العجماء جبار فالضرر الذى أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٢٢) .

١ — إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا .

٢ — ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعيب حيوانه .

المادة (٢٢٣) .

١ — إذا أدخل شخص دابة فى ملك غيره بدون أذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء ان كان راكباً أو سائقاً أو قائداً موجوداً عندها أو غير موجود .

٢ — أما لو انفلتت نفسها ودخلت فى ملك الغير وأحدثت ضرراً

فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة .

٣ — ولذلك لو أدخل الدابة فى ملك غيره بأذنه لا يضمن ضررها إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٢٤) .

١ — لا يضمن المار بحيوان فى طريق عام راكباً أوقائداً أوسائقاً الضرر الذى لا يمكن التحرز منه فلوانتشر من رجل الدابة غبار أوطين ولوث ثياب الغير فلا ضمان .

٢ — أما الضرر الذى يمكن التحرز منه لمصادمة الدابة أو لطمة يدها أورأسها فيضمنه إلاإذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه .

(المادة ٢٢٥) .

١ — لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها فى الطريق فى غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الأحوال .

٢ — ويضمن الضرر لذلك من سيب الدابة فى الطريق العام أو تركها تتسرب إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها .

المادة (٢٢٦)

١ — إذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره الذى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان . وإذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها .

٢ — إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التى أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر .

٣ — إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط وأضرت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخراً فلا ضمان . وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان .

(٣) ما يحدث فى الطريق العام :

المادة (٢٢٧)

١ — لكل شخص حق المرور فى الطريق العام لكن بشرط السلامة فلا يضر غيره ولا يتضرر فى الحالات التى يمكن التحرز عنها .

٢ — فلو سقط عن ظهر الحمال حمل كان يمكن التحرز عن سقوطه فأضر بالغير كان الحمال ضامنا . إذا أحرقت الشرارة التى طارت عن دكان الحداد عند ضربه الحديد ثياب شخص كان ماراً فى الطريق وكان يمكن التحرز عن ذلك ضمن الحداد ثياب ذلك المار .

المادة (٢٢٨)

١ — ليس لأحد وضع شيء فى الطريق العام بلا ترخيص من الجهة المختصة وإذا فعل ضمن الضرر الذى تولد من هذا الفعل .

٢ — فلو وضع شخص فى طريق عام الحجارة وادوات العمارة وعثر بها حيوان أو إنسان فأصابه الضرر وجب الضمان — لذلك يجب الضمان إذا صب شخص فى الطريق العام شيئا يزلق به وزلق به إنسان أو حيوان .

(٤) المسئولية عن البناء :

المادة (٢٢٩)

١ — لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً فإن كان البناء مائلا للانهدام

أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحال البناء أو ينبغى أن يعلم بها وجب الضمان .

٢ — ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير لدرء الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

المادة (٢٣٠)

كل من يقيم فى مسكن يكون مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب مايلقى ويسقط من هذا المسكن مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٣١)

كل من كان تحت تصرفه آلات « ميكانيكية » أو أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسئولا عما يحدثه من ضرر مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر — هذا مع عدم الأخلال بما يرد من أحكام خاصة .

ملاحظات عامة فى التقنين العراقى :

يلاحظ أن المشرع العراقى حاول فى تقنينه (آنف الذكر) الخاص بموضوعنا المزج بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام التقنينات الوضعية الغربية الحديثة .

ويلاحظ أن المواد المنصوص عليها كثيرة كثرة كبيرة بالنسبة للتقنينات العربية الوضعية الأخرى ، ولعل سبب تلك الكثرة هو رغبة المشرع العراقى فى أن ينقل المبادىء العامة الواردة فى كتب فقهاء الشريعة

الإسلامية والأحكام المختلفة ، فوق رغبته فى إيراد نصوص كثيرة من التشريعات الوضعية الغربية والتقنين المدنى المصرى الجديد بوجه خاص .

ومن المسائل الجزئية التى أوردها التقنين العراقى ويمكن الرجوع إليها وفهمها بسهولة (وتدل على صدق ملاحظتنا) ماجاء فى المواد (من ١٨٧ إلى ١٩٠ ومن المادة ١٦٣ إلى ١٩٨ والمادة ٢٠٠ — ٢٠٤)

كما أورد نصوصا فيها مبادىء تشريعية عامة لاتعتبر صالحة بذاتها للتطبيق ، مثل « الضرورات تبيح المحظورات » و « لا ضرر ولاضرار » لأنها قواعد عامة تترك عادة للفقهاء ليردوا إليها الأحكام الفرعية التطبيقية.

هذا ، ويلاحظ على المشرع العراقى أنه لم يوفق كثيراً فى أن يؤلف ويمزج بين أحكام الفقه الإسلامى ونصوص التقنينات الحديثة فى موضوع التفرقة بين المباشرة والتسبب التى جاء بها الفقه الإسلامى ، وذلك لأنه قضى باشتراط ضرورة التعمد والتعدى فى الحالين : حال الإضرار تسبباً ، وحال الإضرار مباشرة مع العلم بأن الفقه فى الشريعة الإسلامية لايشترط التعمد أى الإدراك فى حال المباشرة ولهذا فقد كان المشرع العراقى أقرب إلى رأى التقنينات الوضعية الغربية منه إلى أحكام الفقه الإسلامى وذلك لأنه جعل أساس الضمان الخطأ عن أدراك للتعدى فى الحالين .

* * *

(٤) تطور المسئولية التقصيرية فى القانون التونسى :

ظلت الشريعة الإسلامية سارية فى تونس حتى مطلع القرن الحالى وفى سنة ١٩٠١م شكلت لجنة من خمسة أعضاء من رجال القانون الأوربيين لوضع مشروع تمهيدى لوضع تقنين مدنى حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود . وقد توخت اللجنة التوفيق بين الشريعة الإسلامية وبين أحكام القانون الوضعى المزمع وضعه ،حتى لا تصطدم نصوصه بعادات الوطنيين أو الأجانب فى تونس . ثم عرض المشروع التمهيدى على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ومن عشرة من علماء الشريعة الإسلامية منهم خمسة من أساتذة الشريعة بجامعة الزيتونة بتونس وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية وقد راجعت هذه اللجنة المشروع مراجعة دقيقة وخرجته على أحكام الشريعة الإسلامية ولم تجد فيه ما ينافيها ؛

فصدر به مرسوم الباى فى يوم ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ وسمى التشريع الجديد « تقنين الالتزامات والعقود » وان هذا التقنين الجديد لم يلتزم نهج القانون الفرنسى وحده بل اقتبس كثيراً من أحكام تقنينات البلاد الأوربية الأخرى وبخاصة التقنين الألمانى والسويسرى كما أن أحكامه روجعت على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وبذلك ألفت أحكامه مزاجا من النظامين اللاتينى والجرمانى مع التزام أحكام الشريعة الإسلامية .

وفيما يلى نص المواد الخاصة بموضوعنا وهى : —

الفصل ٨٥ :

إذا تسبب موظف أو مستخدم بادارة عمومية فى مضرة غيره حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمدا أو خطأ فاحشا منه

فهو ملزوم بجبر ذلك إذا أثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطأه لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على المتوظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصل إلى حقه وحكم هذا الفصل لا ينسحب على العدول المنصبين للاشهاد حيث كان المرجع فيما لهم وعليهم أحكام إجازة العمل (أنظر الفصل التاسع من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥٩ المؤرخ فى يوم ٢٦ رجب سنة ١٣٧٨ المتعلق بالوظيفة العمومية) [1].

الفصل ٩٣ :

على كل شخص ضمان الضرر الناشيء من المختبلين وغيرهم من عليلي العقل الساكنين معه وإن كانوا بالغين سن الرشد ان لم يثبت :

أولا — أنه راقبهم كل المراقبة اللازمة .

ثانيا — أنه كان يجهل الحالة الخطرة من مرض المصاب .

ثالثا — أن الحادث وقع بسبب خطأ المتضرر .

وهذا الحكم يجرى على الصورة المذكورة على من تكلف فى عقد بمراقبة من ذكر وحفظهم .

الوالد والأم بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين سنهم دون ١٨ سنة كاملة والساكنين معهما وأرباب الصنائع والمعلمون مسئولون عن الضرر الناشيء عن مندوبيهم وتلامذتهم المدة التى هم فيها تحت نظرهم .

وتكون المسئولية المذكورة إلا إذا أثبت الوالدان وأرباب الصنائع:

---

(١) نقلا عن مجلة الالتزامات .

أولا : أنهم راقبوا أولادهم أو مندوبيهم كل المراقبة اللازمة .
ثانيا : أن الضرر تسبب عن خطأ من لحقه .

أما المعلمون فان الغلطات أو الغفلة أو الاهمال المستند عليها ضدهم بصفة كونهم تسببوا فى الضرر . يجب على المدعى إثباتها وقت المرافعة طبق القانون العام .

الفصل ٩٣ قديم :

على الوالدين وغيرهما من ذوى القرابة ضمان الضرر الناشىء من قريبهم المصاب فى عقله الساكن معهم وان كان بالغا سن الرشد إلا إذا اثبتوا ما يأتى :

أولا — أنهم راقبوهم المراقبة اللازمة .
ثانيا — أنهم كانوا يجهلون الحالة الخطرة من مرض المصاب فى عقله
ثالثا — أن الضرر تسبب عن فعل من لحقه .

وهذا الحكم يجرى على من تكلف فى عقد بمراقبة من ذكر وحفظهم

الفصل ٩٤ :

كل من كان فى حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه بعد أن انفلت ما لم يثبت أحد الأمرين .

اما أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسته ، أو لتدارك ضرره ، واما أن الضرر حصل بسبب طارىء أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لحقه الضرر

الفصل ٩٥ :

مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة فى أرضه سواء كانت ضارية أو أهلية ان لم يكن سعى فى جلبها أو فى أبقائها بالمكان ، لكنه يضمن فى صورتين ·

أولا : ان كان فى أرضه ماوى حيوان أو غابة أو بيوت نحل أو زريبة لتربية أوحفظ بعض الحيوانات معدة للتجارة أوالصيد أوالأكل.

ثانيا : إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة .

الفصل ٩٦ :

على كل إنسان ضمان الضرر الناشيء مما هو فى حفظه إذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذا ثبت ما يأتى :

أولا : أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر .

ثانياً : أن الضرر نشأ بسبب أمر طارىء أو قوة قاهرة أو بسبب لحقه .

الفصل ٩٧ :

مالك ربع ، أو بناء مطلقاً عليه ضمان الضرر الناشيء من إنهدامه ، أو سقوط بعضه لقدمه ، أو لقدم القيام بحفظه ، أو لخلل فى بنائه وهذا الحكم يجرى فى سقوط ما كان تابعاً للبناء كالأشجار والماكينات اللاحقة بالأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعة وإذا كانت الأرض لمالك والأنقاض لغيره فمالك الأنقاض هو المطلوب بالضرر وإذا كان القيام بحفظ البناء على شخص آخر دون المالك بموجب عقد أو غيره من الحقوق كالاستغلال فالضمان عليه وان كان فى الملك نزاع فالضمان على من كان بيده .

غير أن القيام بتعويض الضرر فى الأحوال المقررة آنفاً لا يقبل إلا بعد خطاب مالك العقار على مقتضى العوائد التونسية وإنذاره عند وجود خطر ظاهر .

الفصل ٩٨ :

إذا توقع صاحب عمل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل ٩٧ أن يتخذ الوسائط اللازمة لمنع الضرر .

الفصل ٩٩ :

للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والأجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين فى القيام .

الفصل ١٠٠ :

ليس للجيران القيام بإزالة الضرر الناشيء عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبه من المضار التى لا محيص عنها إذا لم تجاوز الحد الاعتيادى .

الفصل ١٠٥ :

لا ضمان على الصغير غير المميز وكذلك المجنون حال جنونه ، فاذا كان للصغير درجة من التمييز تمكنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة

الفصل ١٠٦ :

على الصم البكم ومن بعقولهم خبال ضمان ما يصدر منهم إذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عواقب فعلهم .

ملاحظات عامة فى التقنين التونسى :

يلاحظ أن التقنين التونسى صدر به مرسوم الباى فى ١٥ ديسمبر

سنة ١٩٠٦ والمراكشى صدر به مرسوم السلطان فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ فالتقنين التونسى للالتزامات والعقود سابق للمراكشى وان كان التقنينان يتميزان بانتهاجهما نهج القانون الفرنسى مع الاقتباس من أحكام كثير من تقنينات البلاد الغربية كالتقنين الألمانى والسويسرى ، وان كانت أحكام التقنين روجعت على أحكام الشريعة الإسلامية وبوجه عام نلاحظ أن التقنين التونسى الذى أوردنا المواد الخاصة بموضوعنا منه لم يخل بمبدأ التشريع الفرنسى العام ومقتضاه « أن كل خطأ سبب ضرر للغير يوجب مسئولية مرتكبه » .

* * *

(ه) تطور المسئولية التقصيرية فى قانون السودان :

أن أحكام الشريعة الإسلامية كانت هى المعمول بها فى السودان حتى أواخر القرن التاسع عشر وأثناء قيام (الثورة المهدية) بحكم البلاد، وفى أوائل القرن الحالى تقريباً ابتدأ الانجليز يحكمون فى السودان وفقاً لقانونهم الإنجليزى (الذى كانوا يطبقون بعضه بالهند وبعض المستعمرات البريطانية الأخرى).

ولهذا يمكننا أن نقول بأن السودان قد اشترك مع البلاد العربية الأخرى التى اتبعت الشريعة الإسلامية فى بعض مراحل تاريخها الحديث حتى وقت قريب، إلا أن ما شرعته أغلب البلاد العربية لنفسها بعد ذلك من تقنينات وضعية قد تأثر فى حدود متفاوته بأحكام الشريعة الإسلامية ماعدا السودان فإن قانونه الوضعى لم يتأثر بأحكام الشريعة الإسلامية وما عدا العراق فإنه أكثر بلد عربى قد بدا فى الظاهر على الأقل آخذا من الشريعة الإسلامية بقسط أوفر فى تقنينه المدنى من غيره.

هذا، ولعل ماحدا بحكومات البلاد العربية إلى وضع الأحكام الشرعية فى مواد تتفق والقوانين الوضعية العربية الحديثة هو ان أحكام الشريعة الإسلامية فى الموضوع الواحد متفرقة فى كتب عدة من مؤلفات الفقهاء الأوائل، وفى أبواب متعددة منها، الأمر الذى يصعب معه على القضاة المحدثين بوجه خاص الإلمام بها لعمق وصعوبة مفاهيمها، ولهذه الصعوبة فإنهم يجدون فى الوصول إلى الحلول العملية منها مشقة كبيرة، ويجدون فى تطبيقها على الحوادث الكثيرة التى تعرض عليهم مشقة أكبر، مع العلم بأن العمل القضائى فى هذا العصر يقتضى السرعة، والسرعة تقتضى تيسير فهم الأحكام الواجب تطبيقها على الحوادث الكثيرة المتشعبة، ولهذا رأيت أن أخلص من رسالتى هذه بتجربة هى أشبه بمحاولة لوضع أحكام (هذا الموضوع الذى وصلت إلى هذه الغاية من بحثه) فى مواد تراعى أحكام

الشريعة الإسلامية وتستفيد من المنهج الوضعي في صياغته القانونية لعل جمهوريتنا السودانية الفتية تشرع على ضوئه في العمل على وضع تشريع سوداني مكتمل يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية (في صياغة عصريه حديثه) تتناسب وتقاليد البلاد وتطورها في عصر قد ترابطت فيه دول العالم وتشابكت مصالحها .

هذا ، ونظراً لأن قانوننا المدني في جمهورية السودان هو القانون الإنجليزي (بعد إدخال شيء من التعديلات الطفيفة) ، ونظراً لأننا لم نشرع في تغييره أو تعديله ولم نقننه بعد من ترجمة مواده إلى لغتنا العربية ولا من تغيير إتجاهاته ومفاهيمه على ضوء حاجة مجتمعنا ومتطلبات بيئتنا ، فإنني سوف لا أتعرض إلى ملاحظات عليها وأكتفي فقط بأن أصوغ مواداً مقترحة تتلخص في ست هي :

المادة ١ :

الصبي مطلقاً مسئول في ماله عن الضرر الذي يقع منه في حال الفعل المباشر ، أما المميز في حال التسبب فإنه يضمن ، وغير المميز ومن في حكمه فان ضمان فعله على الرقيب إذا تسبب بتقصيره في إضراره بالغير وإلا كان هدراً .

المادة ٢ :

الضمان على الراعي أو المتبوع إذا أمر المرعي أو التابع أو أكرهه أو قصر في توجيهه وكانت له السلطة الفعلية عليه .

المادة ٣ :

صاحب الحيوان يضمن إذا قصر في إتخاذ الحيطة اللازمة عادة لمنع

وقوع الضرر ولا ضمان عليه إذا نتج الفعل الضار عن حيوانه النافر ، أو الذى أنفلت منه من غير إهمال منه أو من غيره .

المادة ٤ :

ليس لأحد أن يفعل ما يضر غيره فى الطريق العام ولا أن يضع شيئاً فيه بغير إذن من أولى الأمر .

المادة ٥ :

(ا) صاحب البناء مسئول عن الأضرار التى تقع للغير بسبب سقوط بنائه إذا كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعيب فيه .

(ب) وكل من يقيم فى مسكن أو يحرسه يكون مسئولا عن أى ضرر ينتج مما يلقيه أو يسقط بإهماله أو قلة تحرزه مالم يتخذ الحيطة اللازمة بحسب العادة .

المادة ٦ :

صاحب الآلات الميكانيكية وغيرها مما يتطلب عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه من ضرر مالم يتخذ الحيطة الكافية أو يعوض المضرور .

* * *

(أهم المراجع)

التفسير :

أحكام القرآن : لأبى عبدالله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢١٤ هـ . (طبعة أولى بالقاهرة سنة ١٣٨١ هـ)

أحكام القرآن : لأبى بكر أحمد بن على الرازى المشهور بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ . (طبعة الأوقاف بالآستانة ١٣٣٥ هـ) .

أحكام القرآن : لأبى بكر محمد بن عبدالله المشهور بابن العربى المتوفى سنة ٥٤٣ هـ . (طبعة الحلبى بالقاهرة سنة ١٣٧٦ هـ .

الجامع لأحكام القرآن : لمحمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ . (طبعة الحلبى بالقاهرة سنة ١٣٧٦ هـ)

الجامع لأحكام القرآن : لمحمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ . (طبعة دار الكتب المصرية سنة ١٢٦٩ هـ)

روح المعانى : لمحمود الآلوسى البغدادى المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ (طبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٦٧ هـ)

تفسير المنار : لرشيد رضا (على نهج استاذه الشيخ محمد عبده المتوفى سنة ١٣٢٣ هـ) . (طبعة حفار بالقاهرة سنة ١٣٤٦ هـ)

٢ — الحديث :

مسند الامام أبى حنيفة	: للنعمان بن ثابت المشهور بالامام أبى حنيفة المتوفى سنة ١٥٠ هـ. (طبعة سنة ١٣٢٧ هـ)
موطأ الإمام مالك	: لمالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ. (وشرحه للزرقانى المتوفى سنة ١١٢٢هـ.) (المطبعة الخيريه سنة ١٣١٠ هـ.)
مسند الإمام أحمد بن حنبل	: لأحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ (المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ.)
مسند الإمام الشافعى	: لمحمد ابن ادريس المشهور بالشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ. (المطبعة الأميرية المصرية سنة ١٣٢٤ هـ)
صحيح البخارى	: لأبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ. (المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٠ هـ)
صحيح مسلم	: لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى المتوفى سنة ٢٦١ هـ (طبعة بولاق سنة ١٣٩٠ هـ)
سنن المصطفى لابن ماجه	: لمحمد بن يزيد بن ماجه القزوينى المتوفى سنة ٢٧٣هـ. (طبعة التازية بمصر سنة ١٣٤٩هـ.)
سنن أبى داود	: لسليمان بن الاشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ. (طبعة السعادة الثانية سنة ١٣٦٩ هـ)
السنن الكبرى للبيهقى	: لأحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ (طبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد سنة ١٣٥٤ هـ.)

سبل السلام : لمحمد بن اسماعيل بن صلاح الصنعانى المتوفى سنة ١١٤٢ هـ (طبعة الحلبى الثانية سنه ١٣٦٩ هـ)

نيل الأوطار : لمحمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ (المطبعة العثمانية المصرية سنة ١٣٧٥ هـ)

٣ — الفقه الحنفى :

فتح القدير وشرح الهداية لابن الهمام (كمال الدين بن الهمام المتوفى سنه ٨٦١ هـ) طبع بمطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٣١٥ — ١٣١٨ هـ.

شرح العناية على الهداية للبابرتى (محمد بن محمود المتوفى سنة ٧٨٦ هـ) (بهامش فتح القدير) طبع بمطبعة مصطفى محمد سنة ١٣١٥هـ .

حاشية على شرح العناية على الهداية مطبوع على هامش فتح القدير لسعد الله بن عيسى المفتى المشهور (بسعيد جلبى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ)

رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (محمد أمين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ)طبع بالمطبعة العثمانية ١٣٢٤ هـ .

مجموعة رسائل إبن عابدين (المذكور)طبع بمطبعة دار سعادت سنة ١٣٢٥ هـ .

الاشباه والنظائر لابن نجيم (زين العابدين المتوفى ستة ٩٧٠هـ) طبع بمطبعة دار الطباعة العامرة سنة ١٣٠٨ هـ.

مجمع الضمانات للبغدادى (أبو محمد بن غانم المتوفى ...)

طبع بالمطبعة الخيرية سنة ١٣٠٨ هـ.

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندى (عبد الرحمن ابن محمد بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ) طبع بدار الطباعة العامرة سنة ١٣١٦ هـ.

غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى (أحمد ابن محمد المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ) طبع الآستانه مكتبة الأزهر (٣٤٩) ٧٥١٧

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى (عثمان بن على المتوفى سنة ٧٤٢ هـ) طبع بمطبعة بولاق سنة ١٣١٥

حاشية بالهامش على شرح الزيلعى على الكنز (المذكور) لشلبى (شهاب الدين أحمد)

المبسوط شرح الكافى للسرخسى (شمس الدين المتوفى سنة ٤٩٠هـ) طبع بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ.

بدائع الصنائع للكاسانى (علاء الدين المتوفى سنة ٥٨٧ هـ) طبع بمطبعة الجماليه بمصر سنة ١٣٢٧ — ١٣٢٨هـ.

الهداية شرح البداية للمرغينانى (برهان الدين المتوفى سنة ٥٩٣ هـ) طبع بالمطبعة الأميريه سنة ١٣١٨ هـ.

الفتاوى المهدية للعباسى (محمد العباسى المهدى المتوفى سنه ١٣١٥هـ) طبع بالمطبعة الازهرية سنة ١٣٠١ هـ.

معين الحكام للطرابلسى (علاء الدين المتوفى سنة ٨٤٤ هـ) طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٠هـ.

أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل للطرسوسى (نجم الدين ابراهيم

المتوفى سنة ٧٥٨هـ) طبعة سنة ١٣٤٤هـ .

الفتاوى الهندية لقاضيخان (محمود المتوفى سنة ١٠٧٠ هـ) طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٠ هـ .

الفتاوى الخانية (بهامش الفتاوى الهنديه المذكورة)

جامع الفصولين لابن قاضى سماونه (محمود بن اسرائيل المتوفى سنة ٨٢٣ هـ) طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠هـ — ١٣٠١ هـ .

رد الحكام فى شرح غرر الأحكام (لملاخسرو المتوفى سنة ٨٥٥ هـ) طبع بمطبعة أحمد كامل سنة ١٩٢٩ م .

٤ — الفقه المالكى :

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (أبو عبدالله محمد المتوفى سنة ٩٥٤هـ) طبع بمطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨-١٣٢٩هـ

التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق (أبو عبد الله محمد المتوفى سنة ٨٩٧هـ) المطبوع على حاشية مواهب الجليل للحطاب.

الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير (سيدى أحمد المتوفى سنة ١٢٠١هـ) طبعة ١٣٤٥-١٣٤٦هـ طبعة مصر سنة ١٣٢٣هـ

حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير طبع بمطبعة التقدم العلميه سنة ١٣٢٩ هـ .

المقدمات والممهدات لابن رشيد (أبو الوليد محمد بن أحمد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ طبعة مصر سنة ١٣٢٥ م .

المدونة الكبرى رواية سحنون (للامام مالك المتوفى سنة ١٧٩هـ) طبعة المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣ - ١٣٢٨ هـ .

القوانين الفقهيه لابن جزىء المالكى المتوفى سنة ٧٤١هـ مطبعة فاس سنة ١٩٣٥ م .

الخرشي على المختصر (لأبي عبد الله محمد الخرشي المتوفى سنه ١١٠١ هـ) مطبعة بولاق طبعة ثانيه ١٣١٧ هـ.
الفروق للقرافى المتوفى سنه ٦٨٤هـ طبعة مصر سنه ١٣٤٦ هـ.
تبصرة الحكام لمحمد بن فرحون المتوفى سنه ٧٩٩هـ طبعة مصر سنة ١٣٠٢هـ.
شرح الزرقانى على مختصر خليل (توفى الزرقانى سنة ١٠٩٩ هـ) طبعة مصر سنه ١٣٠٧ هـ.

٥ - الفقه الشافعى :

مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربينى (محمد الخطيب) طبعة سنة ١٣٢٥هـ.
الأشباه والنظائر للسيوطى (عبد الله محمد بن أبى بكر المتوفى سنة ٩١١هـ) طبع بمطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٥هـ.
حاشية على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمى للشروانى (عبد الحميد) طبعة ١٣١٥هـ
المهذب للشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ طبعة مصر سنة ١٣٤٣هـ
تحفة المحتاج لشرح المنهاج لابن حجر (الهيثمى) .
المجموع شرح المهذب للنووى (محيى الدين المتوفى سنة ٦٧٧هـ) طبعة ١٣٤٤ - ١٣٤٨ هـ.
الأم للإمام الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ طبعة مصر سنة ١٣٢١ هـ
الوجيز للغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ طبعة مطبعة الآداب والمؤيد سنة ١٣١٧ هـ
قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠ هـ طبع بمطبعة الاستقامة.

نهاية المحتاج لشرح المنهاج للرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ طبعة مصر سنة ١٣٠٤ هـ.

٦ - الفقه الحنبلى :

المغنى على مختصر الخرقى لابن قدامه (موفق الدين عبد الله ابن أحمد المتوفى سنة ٦٣٠هـ) طبعة مصر سنة ١٣٤٨ هـ.

القواعد لابن رجب (أبو الفرج عبد الرحمن المتوفى سنة ٧٩٥ هـ)طبعة الخيرية سنة ١٣٥٢ هـ.

المقنع لابن قدامة (موفق الدين) طبعة سنة ١٣٧٤ هـ.

حاشية على المقنع لابن قدامة(لسليمان بن عبد الله)

كشاف القناع لمنصور بن ادريس المتوفى سنة ١٠٥١ هـ طبع بالمطبعة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ.

٧ — الفقه الظاهرى:

المحلى لا بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ طبعة إدارة الطباعة الأميرية سنة ١٣٤٧هـ .

٨ — الفقه الشيعى :

المختصر النافع فى فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلبى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ طبعة دار الكتاب العربى.

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار لأحمد بن يحيى ابن المرتضى الزيدى المتوفى سنة ٨٤٠هـ طبعة سنة ١٩٤٨م

٩ — الفقه المقارن:

بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد) طبعة ١٣٧١ هـ

الميزان للشعرانى (عبد الوهاب المتوفى سنة ٩٧٣ ﻫ) طبعة سنة ١٣٠٦ ﻫ

الفروق للقرافى المالكى (شهاب الدين أبو العباس المتوفى سنة ٦٨٤ ﻫ) طبعة سنة ١٣٤٧ ﻫ

الفقه على المذاهب الأربعة

١٠ — كتب اللغة :

المصباح المنير لأحمد بن محمد بن على المقرى المتوفى سنة ٧١١ ﻫ-طبع بالمطبعة الاميرية بالقاهرة سنة ١٩٢٨ م.

لسان العـــرب لجمال الدين بن الفضل الأنصارى المصرى المتوفى سنة ٧١١ ﻫ طبعة بيروت سنة ١٩٥٦ م .

المنجد للويس معلوف اليسوعى مطبعة بيروت الكاثوليكية سنة ١٩٥٦ م .

القاموس العصرى (انجليزى عربى) لإلياس أنطون إلياس الطبعة الثالثة عشر . طبع بالمطبعة العصرية بالقاهرة سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ م .

١١ — الكتب الفقهية الحديثة :

مذكرة فى الالتزامات فى الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم طبعة سنة ١٩٤٥ م .

المعاملات لعلى الخفيف طبعة ثانية سنة ١٣٦٨ ﻫ .

الأحوال الشخصية (قسم الزواج) لمحمد أبو زهرة طبعة سنة ١٩٥٧م .

الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة طبعة سنة ١٣٥٧ هـ .
أصول الفقه لمحمد زكريا البرديسى طبعة سنة ١٩٦١ م .
بحث فى الميراث لمحمد زكريا البرديسى طبعة سنة ١٩٦٤ م .
بحث فى الاكراه لمحمد زكريا البرديسى طبعة مجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى (السنة الثلاثون)
المدخل فى الفقه الإسلامى لمحمد سلام مدكور طبعة سنة ١٩٦٠م.
المدخل الفقهى العام للزرقاء (مصطفى أحمد) طبعة ١٩٥٨م .
الأحوال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى لمحمد يوسف موسى الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ١٩٥٢م.
المسئولية المدنية والجنائية لمحمود شلتوت طبعة مكتب شيخ الجامع الأزهر للشئون العامة.
النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية لشفيق شحاتة.

١٢ — الرسائل :

نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى لمحمد زكى عبد البر (رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة) سنة ١٩٥٠م .
العرف والعادة لأبى سنه (رسالة للاستاذية بالأزهر الشريف) سنة ١٩٤٩م .
المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون لمحمد فوزى فيض الله (رسالة دكتوراه بالأزهر الشريف) سنة ١٩٦٢ م

١٣ — كتب القانون المدنى

الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد للسنهورى طبعة سنة ١٩٤٦م .

نظرية الالتزام فى القانون المدنى لحشمت أبو ستيت طبعة سنة ١٩٥٤ م.
المسئولية المدنية لسليمان مرقس طبعة سنة١٩٥٨ — ١٩٦٠م.
نظرية دفع المسئولية لسليمان مرقس طبعة سنة ١٩٣٦ م .
مصادر الالتزام للصده طبعة سنة ١٩٦٠ م.
نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للصده (عبدالمنعم فرج الصده) طبعة سنة ١٩٥٨ م.
المسئولية المدنية لحسين عامر طبعة سنة ١٩٥٦ م.
المسئولية المدنية فى القانون المصرى لمصطفى مرعى طبعة سنة ١٩٣٦ م.
الالتزامات لحجازى عبد الحى الطبعة الأولى سنة ١٩٥٣م . والطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م.
مصادر الالتزامات لسليمان مرقس (دار النشر للجامعات بالقاهرة سنة١٩٦٠م) .
الفعل الضار لسليمان مرقس (طبعة دار النشر للجامعات بالقاهرة سنة ١٩٥٦ م .)
أصول الالتزامات للدكتور بهجت بدوى طبعة سنة ١٩٤٣ م
القانون الرومانى لمحمد عبد المنعم بدر طبعة سنة ١٩٣٧م
(مجموعة الأعمال التحضيرية) طبعة مصر .
تقرير بيان المؤتمر القانونى طبعة سنه ١٩٣٧ م .
النظرية العامه للموجبات لصبحى محمصان طبعة أولى (بيروت) سنة ١٩٤٨ م .
مجلة الأحكام العدليه طبعةثانية بالآستانة سنة ١٢٩٨ هـ.
القانون المدنى المصرى الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .
القانون المدنى العراقى رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م
القانون المدنى التونسى، والمراكشى، والليبى، واللبنانى، والسورى

١٤ — أهم المراجع الأجنبية :

1—The Ancient Law — Sir. F. Pollock —
(2nd Edition Vol. II 1911).

2—The Law of Torts — By Sir John Salmond
(Fifth Edition).

3—Law of Torts — Wiliam L. Prosser (Amercan Law).

4—Underhill Law of Torts
(Ninth Edition 1911).

5—Underhill Law of Torts
(16th Edition).

6—The Law of Torts, by Sir. J. Salmond
(12th Edition).

7—The Law of Torts, by Sir. Pollock.

8—Introduction to English Law. James —
(Third Edition).

9—Fundamentals of Soviet Law, by P. S. Ramashkin

10—Winfield on Torts.
(Seventh Edition.)

11—Clerk and Lindsell on Torts
(Fourth Edition).

فهرس

الموضوع صفحة

الموضوع	صفحة

الفصل الثانى

شروط الضمان

الفصل الثالث

أحكام الضمان

الموضوع	صفحة

الموضوع | صفحة

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الحيوان

الفصل الأول

الفصل الاول

المسئولية عن فعل الحيوان فى القانون

الباب الرابع

المسئولية عن فعل الجمادات

الموضوع	الصفحة
خاتمة :	٢٦٣

أهم المراجع

في الشريعة الإسلامية والقانون:

* * *

خطأ وتصويب

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٧٤	٥	اختفلوا	اختلفوا
٧٧	١١	مثلا	مثل
١٦٣	٣	الرى	الرأى
١٨٣	١	الظالم	العامل
١٨٦	١٧	الكفاح	النكاح
٢٤٦	١٦	التقنينان	التقنينين
٢٤٨	٨	الفعالة	العلاقة
٢٥٩	٦	خلافا	خلاف
٢٧٥	١	خطأه	خطئه
٢٨٤	٢	خطأه	خطؤه
٢٩٠	١١	موادا	مواد

الثمن ١٥٠ قرشاً

